



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN

La independencia judicial en el Estado constitucional de derecho

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

Daniel Tenorio Pérez

ASESOR:

Dr. Carlos María Pelayo Möller



Ciudad Nezahualcóyotl, Estado de México, 20 de noviembre de 2020



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Nadie es una isla, completo en sí mismo; cada hombre es un pedazo del continente, una parte de la masa. Si el mar se lleva un terrón, toda Europa queda disminuida, como si fuera un promontorio, o la casa señorial de uno de tus amigos, o la tuya propia. La muerte de cualquier hombre me disminuye porque estoy ligado a la humanidad; por consiguiente, nunca hagas preguntas por quién doblan las campanas: doblan por ti.

-Ernest Hemingway

Esta obra es dedicada a grandes personas que han marcado mi vida:

Martín Tenorio Mejía (+) y Francisco Tenorio Contreras (+)

AGRADECIMIENTOS

A mis padres: Martín Tenorio Contreras y Guadalupe Pérez Ramírez, quienes me han dado las bases para ser quien soy el día de hoy, apoyándome en todo momento con sus consejos y su cariño, gracias por todos los valores que me han dado,

A mis hermanos: Martín Tenorio Pérez e Ixchel Tenorio Pérez, por darme las fuerzas necesarias cuando más lo necesitaba.

A mis abuelos maternos: Gloria Ramírez y Santiago Pérez, gracias por todo su amor y sus consejos, sobre todo por entenderme en todos mis momentos y enseñarme el valor de la paciencia.

A mis abuelos paternos: Raquel Contreras por ser un pilar para toda la familia en cualquier momento y tiempo, y Martín Tenorio Mejía (+), quien me enseñó la pasión por las ciencias sociales, impulsando mi deseo por tratar de cambiar algo en este país.

A mis tíos maternos: Armando Pérez Ramírez y Silvestre Pérez Ramírez, agradeciéndoles por todas esas veces que me han enseñado y dado consejos que a la larga me han servido.

A mi tío paterno: Francisco Tenorio Contreras (+) por tantas risas, por tantos momentos inolvidables que llevaré en mi mente hasta el día en que muera, gracias por enseñarme a luchar por un ideal y una causa por más imposible que pueda ser.

A mi asesor: El Doctor Carlos Pelayo Moller, por todo lo que me ha enseñado, no solo académicamente sino también me ha dado grandes lecciones de vida. Siempre le estaré eternamente agradecido.

A mis amigos del IJJ: Oswaldo, Jorge y Adolfo, muchas gracias amigos por todos esos buenos momentos que hemos pasado juntos, por todas las risas y el apoyo que he recibido de ustedes. Agradecer además al grupo de los Hedgehogs, Rubén, Edgardo y Antonio, por todas esas charlas filosóficas, esos acuerdos y esas diferencias del pensamiento. Por último, agradecer a Diana Daniel, Ismael René, por todos sus consejos y apoyo incondicional.

A mi cuñada: Fernanda Saturnino Bernal, muchas gracias por todo el apoyo que le has brindado a la familia, siempre te lo agradeceré.

A mis amigas del verano de la Investigación: En especial a René, por su apoyo incondicional y por creer en mi trabajo como futuro investigador, también quiero agradecer a Alejandra y Angélica, muchas gracias por su apoyo.

A Cristina Berenice Márquez Sandoval, por todo tu apoyo incondicional en esta etapa.

Al Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM: Por darme una identidad y una oportunidad de conocer grandes personas, sobre todo, por cobijar a quienes saben tocar sus puertas. Así como al proyecto PAPIIT AG300420: Las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo de junio de 2011: efectos, pendientes y desafíos.

INDICE

Introducción	p. 1
Capítulo 1 El Estado constitucional de derecho y la independencia judicial	
1.1 La separación de poderes: origen y finalidad	p.6
1.2 Sistemas de separación de poderes en la tradición liberal	p.11
1.2.1 El sistema inglés	p.13
1.2.1 El sistema americano	p.15
1.2.2 El sistema europeo continental	p.29
1.3 El sistema de separación de poderes en el constitucionalismo actual	p.38
1.4 El Estado constitucional de derecho: origen y finalidad	p.49
1.5 El nuevo modelo de Estado constitucional	p.52
1.5.1 Reconocimiento de principios constitucionales	p.53
1.5.2 Nuevas maneras de interpretar la constitución	p.57
1.5.3 La apertura constitucional a los tratados internacionales	p.63
1.5.4 Control de convencionalidad	p.67
Capítulo 2 La Actividad jurisdiccional	
2.1 Origen, finalidad y concepciones	p.72
2.2 La Concepción unilateral	p.73
2.2.1 Origen (el positivismo primigenio)	p.74
2.2.2 La ley de Hume, la falacia natural, entre el <i>Sein</i> y el <i>Sollen</i>	p.77
2.2.3 La relación entre los hechos, los casos y el derecho	p.80
2.2.4 El silogismo como método interpretativo para la aplicación del derecho	p.81
2.3 La Concepción bilateral	p.83
2.3.1 Origen (el derecho como experiencia)	p.84
2.3.2 La importancia del Caso en el derecho	p.84
2.3.3 La valoración en el contexto social	p.92
2.3.4 La valoración respecto a valores suprapositivos	p.98
2.3.5 Criterios de identificación de los principios	p.112
2.3.6 La argumentación jurídica	p.121

2.4 La actividad jurisdiccional desde la mirada procesal y la aplicación del derecho	p.124
2.4.1 Deberes de los jueces	p.124
2.4.2 Tipos de procesos que ha de conocer un juez	p.126
2.4.3 Tipos de resoluciones y sentencias	p.128
2.4.4 Justificación de las sentencias	p.130
2.4.5 Aplicación del derecho	p.131

Capítulo 3 La independencia judicial y sus requerimientos

3.1 La independencia judicial	p.133
3.1.1 El origen de la independencia judicial	p.136
3.1.2 La independencia judicial y el Estado constitucional de derecho	p.144
3.1.3 Algunos obstáculos de la Judicatura	p.146
3.1.4 La independencia judicial como requisito necesario para la argumentación jurídica	p.150
3.1.5 La independencia judicial como requerimiento de la democracia constitucional	p.154
3.2 Requerimientos de la independencia judicial – La dimensión externa	p.157
3.2.1 Respeto de los demás poderes del Estado	p.158
3.2.2 Respeto de las partes en el juicio	p.166
3.2.3 Respeto de los grupos de poder político o económico	p.171
3.2.4 Respeto de los medios de comunicación	p.177
3.3 Requerimientos de la independencia judicial – La dimensión interna	p.182
3.3.1 Respeto de los Consejos Judiciales	p.184
3.3.2 Respeto de la relación consejos- tribunales constitucionales	p.192
3.3.3 Respeto de la relación consejos- jueces ordinarios	p.195

Capítulo 4 Las Condiciones para la independencia judicial

4.1 Condiciones para los operadores judiciales	p.198
4.1.1 Tipos de Selección y nombramiento	p.200
4.1.2 Perfiles de juez	p.204

4.1.3 Inamovilidad_____	p.210
4.1.4 Permanencia en el cargo_____	p.214
4.1.5 Otras condiciones/ carrera judicial_____	p.218
4.2 Procesos disciplinarios_____	p.225
4.2.1 Destitución_____	p.226
4.2.2 Acceso al recurso judicial efectivo para jueces_____	p.229
4.2.3 Debido proceso_____	p.233
4.2.4 Reparación_____	p.237
4.3 Condiciones para el poder Judicial_____	p.244
4.3.1 Gobierno Judicial_____	p.245
4.3.2 Autonomía financiera_____	p.246
4.3.3 Autonomía administrativa_____	p.250
Conclusiones _____	p.253
Bibliografía _____	p.262

Introducción:

El impulso principal de este trabajo fue preguntarse qué era lo que fundamentaba a los Estados constitucionales actuales y la labor interpretativa de los jueces constitucionales. Debido a que, en la actualidad, se suele insistir en la academia nacional e internacional en los métodos interpretativos y los beneficios que trae integrar al constitucionalismo de la posguerra a los ordenamientos latinoamericanos a través de reformas constitucionales que busquen cambiar todo un paradigma jurídico, sin embargo, en los últimos años, se ha observado que es insuficiente ¿Qué sucede cuando los jueces no son independientes y no pueden cumplir con su finalidad de proteger la Constitución? ¿Acaso quedará sin efecto las nuevas teorías constitucionales por no contar con requerimientos institucionales mínimos? ¿Cómo juega la independencia judicial en este entramado de posturas? ¿Cuáles son las directrices de comportamiento estatal deseable en el ámbito internacional respecto de este tema? ¿Hasta qué punto la independencia judicial interviene en la protección de los derechos humanos? ¿Estas preguntas solo pueden ser aplicadas a un ámbito nacional o requerimos ver al exterior?

Para acercarnos a una respuesta tentativa a todas estas preguntas, se debe mencionar que la hipótesis principal de este trabajo, radica en concebir a la independencia judicial como un elemento central que fundamenta la existencia del Estado constitucional de derecho. Un Estado podrá poseer las grandes reformas constitucionales, haber integrado a los tratados internacionales al ordenamiento interno, haber promovido y exigido el uso de nuevas técnicas interpretativas para la resolución de los casos constitucionales, sin embargo, esto puede ser obstaculizado si no hay un campo de autonomía e independencia que permita al juez llevar a cabo sus obligaciones y facultades que la Constitución le reconoce.

De esta hipótesis principal se dividieron tres estudios distintos, correlacionales y progresivos, el primero de ellos fue relacionar el concepto del Estado constitucional de derecho con la actividad jurisdiccional, el segundo fue relacionar el resultado de estas dos variantes con el concepto independencia judicial y el tercero, fue colocar las directrices generales a partir de lo expedido por los organismo internacionales en la materia para que empataran con requerido por la independencia judicial correlacionada con el concepto Estado constitucional de derecho, de esta manera se esbozó un sistema general a partir de una serie de condiciones mínimas, necesarias para resguardar el orden constitucional.

Para reforzar lo anterior, se escribieron cuatro capítulos, los cuales son clave para entender la cuestión.

El capítulo primero, tiene como objetivo explicar de manera objetiva dos cosas, primeramente, el cambio radical de un Estado legacentrista a un Estado constitucional de derecho, el primero de estos se caracteriza por apearse a la normativa de manera precisa con independencia de su contenido, colocar en una posición privilegiada al poder Legislativo y desprestigiar la función judicial como limitante del arbitrio de la ley, en pocas palabras, un sistema rígido de reglas legales que son aplicadas de manera mecánica a un limitado set de supuesto de hecho, aunado de una esencia cerrada, ya que parten de figuras teóricas como la voluntad estatal, lo que permite excluir el derecho externo, para concentrarse en sus propios sistemas de producción normativa.

Contrario a ello, está el Estado constitucional, que propone quebrar con el arbitrio legislativo y colocar al juez constitucional como el actor relevante, órgano revisor del contenido normativo a partir de la Constitución y guardián de la democracia, en el sentido de que puede excluir actos no permisibles que suelen realizar los grupos mayoritarios a través del poder Legislativo o Ejecutivo, expulsando del sistema jurídico o inaplicado la norma que no esté en conformidad con las reglas y principios constitucionales. Asimismo, le atribuye al juez constitucional la tarea de materializar la Constitución por medio de la resolución de casos particulares con alto contenido de moralidad constitucional, con independencia de su postura jerárquica o su pertenencia a un nivel de gobierno. El Estado constitucional también es conocido por quebrar con los límites de la soberanía nacional, permitiendo integrar el derecho internacional, en especial el relacionado con los derechos humanos al ordenamiento interno y someterse a la jurisdicción de órganos supra nacionales que suelen colocar directrices, hacerles recordar sus obligaciones y sentenciarlos, en caso de que incumplan con lo pactado en los instrumentos internacionales que los Estado han firmado y ratificado.

El segundo punto que intenta explicar este capítulo, es el desarrollo histórico que ha tenido esta figura, poniendo algunos ejemplos de Estado constitucional de derecho y que todavía hacen eco en las resoluciones judiciales, de esta manera, se hizo hincapié en 3 sistemas jurídicos distintos, que dan lucidez a la manera de conceptualizar un Estado legacentrista y uno constitucional. Véase, por ejemplo, las diferencias entre el sistema europeo continental con el americano y se dará testimonio de ello.

El segundo capítulo, aborda cuáles son las nuevas maneras de entender al derecho a partir de la reformulación del concepto Estado constitucional de derecho, describiendo los giros teóricos que han dado lugar a la actividad judicial, tal como la conocemos al día de hoy. De esta manera, se explican las problemáticas a las que se enfrentaron los teóricos para materializar los derechos, así como los retos y lastres que significaba abandonar el concepto legacentrista. Muestra clara de ello es la “teoría pura del derecho” de Hans Kelsen en contraposición de obras como “los derechos en serio” de Ronald Dworkin, la primera de estas obras, aborda la estructura del derecho de manera científicista de manera que da cuenta clara lo que significa el concepto derecho, así como su sistema de producción normativa y el lugar que deben de ocupar los poderes en conformidad a su teoría pura, de esta manera se coloca en segundo lugar cualquier sentido de corrección de contenido. A diferencia de la primera obra, la segunda parte de un supuesto contrario, Dworkin se pregunta, cómo afecta el hecho de integrar principios de moralidad política que han sido utilizados para la resolución de casos simples en conformidad a la Constitución al derecho, como parte fundamental de su esencia y concepto, y cuál es la postura de los operadores estatales y judiciales en esta tarea. Esto es revelador, no solo por las pautas teóricas de las que se dispone, sino porque marca la pauta del debate jurídico actual en universidades como Harvard, Yale u Oxford, colocando para el primer caso un positivismo excluyente que menciona que derecho y moral son dos cosas distintas y que deben ser separadas, o, por el contrario, un positivismo incluyente, que coloca a la moral en conjunto del derecho, como método de corrección de contenido.

Asimismo, se abordó la importancia del cambio de metodologías al analizar cuestiones judiciales y las implicaciones que significa tomar en consideración un sistema inductivo, que parta de las características específicas de un caso concreto para hallar el tipo de contenido, límites y principios que se han de interpretar. De esta manera el Estado constitucional, parte de una concepción bilateral y de un positivismo que incluye principios de moralidad constitucional, que toma en consideración a los demandantes, sus problemáticas jurídicas no incluidas en supuestos de hechos normativos y la Constitución. Esto empata perfectamente, con lo dispuesto en el primer capítulo. Sin embargo, y aunado a los anterior, también se reconoció que la cuestión interpretativa o teórica no es efectiva por sí misma, por ende, se hizo necesario explicar los elementos legales que recubre el entramado procesal, de manera que se describieron los deberes legales de los jueces.

Y de esta manera, se llegó al capítulo tercero, la cuestión principal fue responder cómo debería consolidarse y proteger al Estado constitucional de derecho y blindar la función judicial. Esto llevó a explicar el concepto de independencia judicial, material e institucional que se presenta como garantía de protección individual al juez y colectiva como poder estatal. Respecto del primer tipo de independencia, llamada material, se puede mencionar que es la que aparece de manera abstracta, sin cuerpo fijo, sin supuestos de hecho determinados, por lo tanto, el concepto está en constante construcción, por medio de la interpretación. De esta manera se le da trato de principio constitucional y no como el de una regla rígida, permitiendo construir el concepto a través de las sentencias que de manera progresiva coloca límites, conceptos y nuevos supuestos de hecho, ayudando a decisiones que se darán con posterioridad y que se conjugan con otros principios constitucionales. Así, se abre la posibilidad de cuestionar el contenido normativo respecto de lo que determina la ley como independencia judicial o deliberar si un determinado acto no regulado en una ley, por parte de un funcionario judicial o de un sector mayoritario de la población, es contrario a la Constitución y derivado de ello, trazar alternativas para solucionar esa problemática constitucional.

El segundo tipo de independencia es la institucional, conformada por la estructura legal que protege a la función judicial traduciéndola en las facultades de los órganos que ejercen el gobierno judicial, así como la relación entre todos los poderes estatales respecto de los jueces. De esta manera puede hablarse de una independencia institucional interna y externa, dependiendo que tipo de relación se haya de cuestionar, es interna cuando se analiza las relaciones de jerarquía dentro del poder judicial, los sistemas disciplinarios y los regímenes laborales de jueces y magistrados, es externa cuando se estudian las maneras en que interviene los poderes Ejecutivo y Legislativo en asuntos que competen a la administración judicial o respecto de nombramientos o destitución de jueces y magistrados. Esta independencia debe de estar sometida a los parámetros materiales de independencia judicial, formando una amalgama protectora del Estado constitucional y la actividad judicial del juez constitucional. Por ello, el capítulo 3 se vincula con los anteriores de manera correlacional

Por último, se encuentra el capítulo cuarto, el cual parte de la experiencia internacional, describiendo un modelo deseable y neutral de las garantías institucionales que conforman parte del concepto independencia judicial, agregando las condiciones mínimas en las que se deben desarrollar las actividades judiciales y su involucramiento con otros derechos como la igualdad, debido proceso, derecho a un recurso judicial efectivo, entre otros. Por esta vía se hace hincapié

en las necesidades y derechos que les asisten a los jueces, cuando son requeridos por instancias disciplinarios y qué es lo que se debe observar en estos procesos, cuándo es justificable despojar a un funcionario judicial de su cargo y en caso que este tipo de proceso no se haya realizado conforme a las prerrogativas materiales anteriormente mencionadas, cómo debe ser reparado el daño. La segunda parte del capítulo abarca de manera puntual, las condiciones de infraestructura necesaria para garantizar el acceso a la justicia pronta y expedita, señalando algunos requerimientos de infraestructura, así como económicos, que sostienen la funcionalidad de cualquier institución pública. Por consiguiente, lo anteriormente dicho, está en conformidad del capítulo 1, 2 y 3, ya que coloca puntos generales de relevancia que sirven como guía a los tipos de independencia judicial, tanto material, como institucional.

Capítulo 1 El Estado constitucional de derecho y la independencia judicial.

1.1 La separación de poderes: origen y finalidad.

En los Estados actuales, la separación de poderes es un elemento necesario para la construcción de Estado constitucional de derecho. Ya no se trata de la separación entre poderes sociales dentro del Estado moderno, sino de la articulación del poder político en sus distintas funciones.¹

Dentro de la historia de la teoría política han existido diversos autores, los cuales han teorizado respecto de la división de poderes. Entre los más importantes encontramos a John Locke, quien reflexionó acerca de la necesidad de dividir el poder estatal, basado en la protección de la propiedad, en un sentido lato, el cual incluye determinados derechos como: la libertad, la propiedad y la vida.² De tal manera, Locke legitimó la creación y existencia del Estado, como ente encargado de defender tales derechos a través del establecimiento de una ley, aceptada y conocida, seguida de un juez competente para dirimir los conflictos entre los miembros de la sociedad y con el poder suficiente para respaldar y ejecutar una sentencia.³

En la época que vivieron los contractualistas, existió la necesidad de proteger tales derechos del poder monárquico, debido a ello, nació la sociedad política a través de la idea de una sociedad contractual, donde los hombres debían otorgar su poder para la construcción de un ente moral que les permitiera salvaguardarse de cualquier peligro. Locke mencionó que los poderes otorgados pueden ser de dos clases, el primero versa sobre la necesidad del hombre para asegurar su vida y la de los demás, y el segundo para castigar los delitos cometidos contra miembros de la sociedad.⁴

Estas dos tareas que debía llevar el Estado, legitimó las funciones de los poderes Ejecutivo y Legislativo, como menciona el propio Locke “*estos dos poderes son el origen del poder Ejecutivo y Legislativo de la sociedad civil.*”⁵ Lo anterior demuestra la preocupación de Locke por limitar al poder de los hombres en su estado natural, adoptando la figura de un ente moral, llamado Estado, el cual ejerce el poder en función a los derechos primigenios que posee un hombre para realizar su voluntad y vivir en plena libertad.

¹ Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional una radiografía teórica*, México, FCE III, 2006, p. 83.

² Goldwin A., Robert, “John Locke”, en Strauss Leo y Cropsey Joseph (comps.), *Historia de la filosofía política*, trad. de Leticia García Urriza, Diana Luz Sánchez, Juan José Utrilla, México, FCE, 1993, p. 471.

³ Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de José Carner, México, Porrúa, 1997, p. 73.

⁴ *idem*.

⁵ *ibidem*, p. 50.

La contraposición al absolutismo es clara, la cual sirvió como base para el desarrollo de otras teorías mucho más sólidas respecto de la limitación del poder. De forma tal que nacieron los primeros intentos por racionalizar el poder, a partir de la división de poderes, presente, por primera vez, en el *espíritu de las leyes*, obra escrita por Montesquieu en 1748, la cual retrata la diferencia entre distintos entes estatales, de la antigüedad y de su época, en un intento poder discernir cual ha sido el éxito o fracaso de estos. Una segunda obra que retrató el mismo problema, desde un contexto distinto, fue el *federalista*, periódico escrito en el año 1789, donde se explicaba la importancia del sistema federal americano, el papel de los jueces, legisladores y la razón de la adopción de algunas medidas estatales, esta obra marcó un hito para la conformación del poder estatal en los Estados Unidos de Norteamérica.

Estas dos obras marcaron concepciones distintas de cómo debía entenderse el poder estatal, diferenciando dos tradiciones constitucionales que preexisten hasta la fecha, la europea y la norteamericana.

Como ya es sabido, el Conde de Montesquieu justificó su teoría en la defensa de la libertad política. Montesquieu la definió de la siguiente manera:” *La libertad política, en los ciudadanos, es aquella tranquilidad de ánimo que nace de la opinión que cada uno tiene de su seguridad; y para que exista esta libertad, es menester que ningún ciudadano pueda temer a otro.*”⁶ La libertad política es entonces el elemento en el cual debe girar toda actuación del Estado, garantizando que el poder que el ejercicio del poder institucional no sea arbitrario. Con esto en mente, Montesquieu dividió tres tipos de poderes distintos; Legislativo, Ejecutivo y judicial, los cuales cumplían con una función distinta y separada.⁷

De esta manera, Montesquieu a diferencia de Locke, dividió la importancia de la libertad más allá de la propiedad, la cual sería la base para la democracia representativa que da lugar a la legítima actuación estatal, por ende, Montesquieu advierte que de no dividir de manera correcta el poder puede erigirse un tirano en contra de la libertad de los ciudadanos, abriendo la posibilidad de decidir sobre los bienes más básicos de los individuos, como lo es la vida.⁸

⁶ Montesquieu De Secondat, Charles-Louis, *El espíritu de las leyes*, 19ª ed., trad.de Nicolás Estévanez, México, Porrúa, 2013, p. 145.

⁷ *ibidem*, p. 146.

⁸ *idem*.

A partir de lo anteriormente dicho, Montesquieu logró dilucidar el importante papel que juega los derechos en una dinámica política y social, al mismo tiempo que enfatiza la consolidación de autoridades que puedan garantizarlos, las cuales cuenten con imparcialidad de juicio. Para el caso judicial, tal neutralidad de juicio fue extraída de la condición social del juez en aras de la igualdad hacia el acusado, para esto, Montesquieu mencionó que, “*Es necesario que los jueces sean de la condición del acusado*”.⁹

Este dicho fue un avance para la época, sin embargo, hubo otros que anquilosaron la función judicial, tales como la mecanicidad de la interpretación normativa, donde el juez se debía ceñir a los explícitamente a lo marcado por la ley. Esto acarrió una subordinación entre poderes, en favor de la legalidad y no del discernimiento individual del juzgador.

Esta postura se apartó de otros modelos de control del poder, sobre todo del norteamericano, ya que para 1776, los Estados Unidos de Norteamérica se habían declarado un Estado independiente a partir de una lucha encarnizada contra los británicos. En búsqueda de la construcción de un modelo propio y en el auge de las confrontaciones de las fuerzas políticas en tal país, nació en Nueva York un periódico muy peculiar. Hacia 1789, apareció *el federalista*, como lo nombraron los padres fundadores, Hamilton, Madison y Jay.

Como Martin Diamond apuntó, el federalista tenía por objetivo influir en el electorado para la elección de los delegados estatales que ratificarían la Constitución estadounidense, por medio del sufragio masculino; este periódico estaba dividido en dos grupos y cuatro ensayos, dirigidos al pueblo de Nueva York, pero en especial a los hombre más cultos quienes eran los que en última instancia tendrían decisión de peso para elegir a estos delegados.¹⁰

El *federalista* destacó tres reflexiones importantes respecto del poder. La primera gira en torno a la delegación del poder por parte del pueblo, la segunda en el respaldo de un sistema federado y la relación con otros ámbitos competenciales de gobierno, la tercera está enfocada a colocar el problema de la limitación de los deseos opresivos de la mayoría en contra de las minorías.

Respecto de la primera reflexión que gira en torno a la delegación del poder. Gustavo Zagrebelsky menciona que los Estados Unidos de América se diferencian de Europa, en que la

⁹ *ibidem*, p. 147.

¹⁰ Diamond, Martin, “el federalista”, en Strauss Leo y Cropsey Joseph (comps.), *Historia de la filosofía política*, trad. de Leticia García Urriza, Diana Luz Sánchez, Juan José Utrilla, México, FCE, 1993, p. 619.

legislación no nace de una fuerza originaria, sino de la delegación del poder, de tal manera que se constituye un poder delegado. Esto aparta a los Estados Unidos de los sistemas europeos, quienes, por aquella época, veían al poder Legislativo como fuerza originaria que emana de un soberano, independiente de quien fue, si el pueblo, el Estado o el monarca.¹¹

La delegación del poder por parte de los ciudadanos generó un límite de la actuación estatal, el cual no debía contravenir los derechos constitucionales, ya que la República encontraba su razón de existir en cada ciudadano norteamericano.

Debido a que los funcionarios de la naciente República norteamericana, tuvieron la obligación de salvaguardar la Constitución, se apegaron fuertemente al respeto de dichas prerrogativas, buscando las vías idóneas para garantizar un ejercicio limitado del poder estatal. Es claro que una concepción de este tipo es contraria a la opinión de aquellos que consideran a los derechos constitucionales son superfluos y dependientes de la voluntad de estatal; visión que fue adoptada por la mayoría de los Estados europeos de la época.

Esta manera de ver la delegación del poder y la inclusión de los derechos es muy fuerte para Hamilton, quien a partir de una concepción democrática del pueblo como ente colectivo que decide sobre su gobierno de manera representativa y ordenada.¹² Puede encontrar una vía idónea para garantizar la libertad de la ciudadanía, de tal forma que el Estado está sujeto al arbitrio del pueblo, quien juzga, revisa y exige a los gobernantes una correcta actuación.

Esto marca claramente la distinción de la democracia en Norteamérica a diferencia del resto del mundo de su época. Hamilton añade que, si a quienes se les ha delegado el poder, traicionan la confianza del electorado, actuando en contra de los principios republicanos o en su caso contra los derechos de los estadounidenses, el pueblo está legitimado para defenderse del usurpador, por medio de las armas, confiado en su valor y sus recursos, para combatir al tirano.¹³

La delegación del poder, permite rebelarse, sin embargo, esta es el último recurso contra una acumulación desmedida del poder. Martin Diamond, apunta que la democracia norteamericana, siempre ha funcionado como una protección de la sociedad en su conjunto contra

¹¹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, 11ª ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, trota, 2016, pp. 55-56.

¹² Hamilton, Alexander. *et.al., El Federalista. Artículos sobre la Constitución de los Estados Unidos*, trad. de J.M Cantilo, Buenos Aires, Imprenta del siglo, 1868, p. 200.

¹³ *ibidem*, p. 87.

la opresión, sin embargo, es insuficiente, por lo tanto, debe ofrecerse una garantía adicional, presente en la separación de poderes, presente en la distribución regular de los departamentos de gobierno.¹⁴ Por lo tanto, se llega a la conclusión de que la democracia representativa es la vía idónea para delegar el poder a un cierto número de representantes, acompañado de un sistema de división de poderes, centrado en la defensa de los derechos constitucionales de los ciudadanos.

La segunda reflexión está aparejada con la primera, ya que gira en torno a la división del poder a partir de un sistema federado, señalando los diferentes contrastes entre los niveles de gobierno. Los padres fundadores, señalaron que la federación debía cumplir con tres tareas fundamentales, para el correcto funcionamiento de la República.

La primera tarea del federalismo norteamericano fue la de reprimir a las distintas facciones políticas, con el fin de mantener la tranquilidad al interior de los Estados, así como la de aumentar su fuerza exterior y la seguridad nacional.¹⁵ Esto es muy importante, porque constituyó la unidad nacional, evitando la desintegración de la República en pequeñas Repúblicas, o mucho peor, que el nuevo Estado cayera en las manos de un tirano.

La segunda tarea asignada para el federalismo, giró en torno de un control de poder centralizado hacia los Estados federados, con ello se buscó que todos los regímenes de gobierno protegieran en el ámbito de sus competencias a los ciudadanos estadounidenses.¹⁶ En este sentido, la República federada marcó una revolución sin paralelo, por primera vez la pluralidad y la diferencia de ideas convivían en armonía por un objetivo común, hallado en la protección de la Constitución. Este instrumento legal logró concebir un modelo donde diferentes ámbitos competenciales de gobierno coexistieran, con ello se logró mantener uno de los mejores sistemas de gobierno que los Estados Unidos ha dado al mundo.¹⁷ Sin embargo, eso no eximió los conflictos internos de carácter ideológico, que terminaron con la guerra de secesión entre los Estados norteamericanos y sureños.

La tercera y última reflexión, gira en torno a la limitación de los deseos represivos de las grandes masas. Las cuales adoptan forma de facciones, resultando un peligro latente con la

¹⁴ Diamond, Martin, *op. cit.*, p. 629.

¹⁵ Hamilton, Alexander, *op. cit.*, p. 28.

¹⁶ Barceló Rojas, Daniel Armando, *Introducción al derecho constitucional estatal estadounidense*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, IJ, 2005, p. 16.

¹⁷ Diamond, Martin, *op. cit.*, p. 624.

capacidad de constituir un gobierno popular, desenfrenado, guiado por las pasiones irracionales como criterio para tomar decisiones trascendentales.

De esta manera los derechos de los ciudadanos, así como el bien público, corren un grave peligro, en este punto, Hamilton prevé una solución efectiva, consistente en advertir de la peligrosidad de las mayorías, concluyendo que se debe prevenir los intereses derivados de la irracionalidad o del discurso que apele al sentimiento. Por medio del diseño institucional, se buscó implementar límites a esta voluntariedad irracional, estableciendo tribunales competentes e independientes para la resolución de casos que contemplen este tipo de problemáticas. De esta manera, se contempló una esfera de lo que se puede decidir y de lo que no se puede decidir.¹⁸

En la actualidad, esta postura de freno mayoritario, ha tenido grandes ecos, las limitaciones propias del constitucionalismo norteamericano han traspasado el modo ver el constitucionalismo moderno, colocando ciertas pautas que nos hablan de nuevos niveles de control, ya no sobre entes estatales, sino de la misma sociedad en su conjunto.

Este tipo de posturas, meramente norteamericanas han sido recogidas, por autores como Luigi Ferrajoli muestra preocupación discutiendo la necesidad de adoptar instituciones que puedan frenar el poder mayoritario, desde una perspectiva de los derechos humanos, que limita y guía, la manera de concebir la democracia.¹⁹

1.2 Sistemas de separación de poderes en la tradición liberal.

La tradición liberal es muy clara en este aspecto, la importancia de los primeros Estados liberales se determinaba en la separación de los poderes públicos, de manera que, tal figura se convirtió en una garantía para la protección de los derechos de la ciudadanía. Según Otto Mayer, el Estado liberal primigenio se basaba en la función de la ley, distinguida en tres postulados, A) la supremacía de la ley por sobre la administración, B) la subordinación de la ley hacia los derechos de la ciudadanía y C) la presencia de jueces independientes para aplicar la ley.²⁰

Estas funciones generaron una fuerte supremacía legal en contraposición al demás andamiaje estatal, como lo menciona Zagrebelsky, “*El estado liberal era un Estado Legislativo*

¹⁸ Hamilton, Alexander, *op. cit.*, p.33.

¹⁹ Ferrajoli, Luigi, *Los poderes salvajes*, trad. de Ibáñez Andrés, Madrid, MINIMA Trotta, 2011, p. 39.

²⁰ Mayer, Otto, *derecho administrativo alemán*, trad. de H.H. Heredia y E. Krotoshin, Buenos Aires, De palma, 1982, p. 72.

que se reafirmaba así mismo con el principio de legalidad".²¹ La eliminación de la arbitrariedad era inminente y la supremacía del poder Legislativo era inevitable, el Estado lo decidía todo, hasta sus propios límites. Esta fue la base de los primeros positivistas jurídico, como señala Pedro de Vega, ejemplificando autores como Paul Laband, quien era especialista en materia mercantil y que traspasó algunos postulados del derecho privado al campo del derecho público y que posteriormente serviría a Georg Jellinek para desarrollar su teoría general del Estado.²²

Estas figuras teóricas sostuvieron la primera ola del positivismo, partiendo del entendido de que una norma es una orden autorizada por la voluntad estatal, lo que significaba que el Estado tenía el monopolio de la fuerza para hacer cumplir tales órdenes. De esta manera se formó la noción de la potestad estatal que dotó de superioridad al ente estatal para ordenar algo, lo que ha sido llamado potestad estatal, aunado a lo anterior, se sumó a figuras como la soberanía estatal, entendida como dominio absoluto sobre el ordenamiento legal y, por ende, de autonomía para tomar sus propias decisiones. Esta particular forma de ver las funciones del Estado, entró en colisión con los derechos constitucionales, ya que el poder podría sobreponerse al ciudadano, creando normas a modo o que contuvieran cláusulas injustas. De tal suerte que los mismos derechos constitucionales tomaron la forma de derechos públicos subjetivos, dependientes de esta misma voluntariedad estatal y por lo tanto, modificables.²³

Esto levantó grandes tensiones entre el poder y el derecho, el punto cúspide de este conflicto se visibilizó en la teoría pura del derecho de Hans Kelsen.²⁴ La cual proponía que todo el ordenamiento jurídico descende de un procedimiento único, creado y establecido por un cuerpo metajurídico, al cual se le denominó poder constituyente y el cual dio paso a la creación de la llamada Norma fundamental, la cual contenía este procedimiento único que dotaba de validez a las normas jurídicas con independencia de su cumplimiento. El derecho era entonces pura estructura normativa, limpia de cualquier otro tipo de valoración.

Como criticó Ronald Dworkin décadas después, "*estas normas especiales pueden ser identificadas y distinguidas mediante criterios específicos, por pruebas que no se relacionan con su contenido, sino con su pedigree de origen*",²⁵ de tal manera que el contenido sustancial de la

²¹ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 23.

²² Vega, Pedro, "Historia de las doctrinas constitucionales, en Carbonell Miguel (coomp), *Teoría de la Constitución ensayos escogidos*, México, Porrúa, 2016, pp. 9-12.

²³ *ibidem*, p. 12.

²⁴ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 4ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2009, p. 114.

²⁵ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad.de Guastavino Marta, México, Planeta de Agostini,1993, p. 65.

norma, fue dejado de lado, reduciéndose al reconocimiento de la ley por medio de un proceso de carácter Legislativo, aunado al valor de las masas, como eje legitimador de cualquier acción estatal, dando como resultado un proceso histórico que llevó a los regímenes totalitarios a la cúspide del poder.²⁶

Para los regímenes totalitarios fue importante ser conscientes del contexto social y político que vivían sus sociedades, aprovechando la dicotomía de relaciones entre amigo-enemigo, vencedor y vencido, condujeron a una lógica perversa y maniquea que terminó con la eliminación física del grupo perdedor, por ende, el diálogo y el entendimiento entre distintos sectores de la sociedad era inexistente. Desde esta perspectiva, una facción debía dar trato bélico al contrario, representado por la figura del enemigo, dando hilo a las posturas mayoritarias que exigían la eliminación de lo distinto,²⁷ esto abrió las puertas a los grandes genocidios en contra de los judíos y otros grupos minoritarios. Paradójicamente, la teoría positivista que adoptó la neutralidad política como estandarte, había sido utilizada para lograr estos fines perversos, llegando a tal punto, que la ley llegó a perseguir a sus teóricos.

Derivado de lo anterior, se debe abrir un espacio para explicar con detalle, las características específicas de las tradiciones constitucionales que han llegado hasta nuestros días, así como su cercanía con los sistemas de división del poder. Para ello, se previó realizar un análisis de los tres sistemas constitucionales más importantes en el mundo occidental, si bien, con anterioridad han sido tocados dos de ellos, no se ha hecho con la debida profundidad que se merece, por tal motivo, se volverá a analizar el sistema americano y europeo continental, integrando a estas dos explicaciones, una tercera, sin la cual no podría entenderse el modelo americano, esta tradición es la inglesa.

1.2.1 El sistema inglés.

La importancia del sistema inglés reside en el principio “*Rule Of law not of men*”, el cual fundamenta la preferencia por un gobierno de leyes y no de los hombres, haciendo valer al parlamentarismo inglés por sobre el absolutismo despótico.²⁸ En este sentido, el ordenamiento inglés trajo consigo tres postulados clave, 1.- La soberanía del parlamento que legitima la

²⁶ Córdova Vianello, Lorenzo, *Derecho y poder: Kelsen y Schmitt frente a frente*, México: FCE, UNAM, IJ, 2009, p. 124.

²⁷ Vega, Pedro, *Estudios político-constitucionales*, México, IJ UNAM y Facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2004, p. 121.

²⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p.25.

supremacía de la ley, limita el arbitrio del Ejecutivo y garantiza la seguridad del ciudadano, 2.- La igualdad ante la ley y ante la jurisdicción, 3.- la creación judicial de los derechos individuales como fundamento de la constitución.²⁹

Tales principios significaron un cambio en la manera en que los ingleses podían defenderse del poder despótico que el monarca ejercía contra ellos; esto marcó una diferencia entre Reino Unido y la Europa Continental, ya que esta última vivía otra realidad, donde su lucha en contra el absolutismo resultó ser solamente un cambio de soberano,³⁰ de un día a otro, cambiaron a un monarca déspota por una asamblea opresora. Reino Unido se diferenció de lo anterior, debido a que su modelo no solo está construido conforme a la normatividad y el peso que significa la asamblea, sino que también integra a las decisiones judiciales como un mediador de los intereses políticos.³¹ De esta manera, el *rule of law* tiene por base a la decisión judicial, pero también, la decisión parlamentaria. Para los ingleses el derecho es un producto inacabado y siempre abierto a nuevas interpretaciones derivadas de los casos judiciales, sin embargo, no está exento de problemáticas.

El gran inconveniente del sistema inglés se encuentra en la facilidad con la que se puede cambiar la Constitución. El legislador inglés tiene la facultad para reformar dicho texto legal, como si se tratase de una norma ordinaria, el parlamento inglés por medio de la soberanía parlamentaria, puede hacerlo, esto ha representado grandes retos institucionales. Por un lado, se constituyó una visión de carácter unidimensional donde el poder Legislativo juega un papel protagónico para cambiar el ordenamiento legal, pero por el otro, los tribunales fungieron como contrapeso de tales decisiones legislativas.³²

Este equilibrio entre poderes figura en funcionarios como los *Chief Justice*, quien colocaron las primeras piedras para dar forma a un sistema de precedentes que se convertiría con los años en la base para el control constitucional. Por poner un ejemplo, está el caso del *Chief Justice James Whitelocke*, quien se alzó ante la cámara de los comunes en 1610, buscando condenar al Rey por imponer tributos sin antes consultar al parlamento, como menciona Maurizio

²⁹ Cabrales Lucio, José Miguel, *El principio de interpretación conforme en la justicia constitucional, teoría, práctica y propuesta en perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2015, p.61.

³⁰ Zagrebelsky Gustavo, *op. cit.*, *Idem*.

³¹ *ibidem*, p.26.

³² *ibidem*, p.54.

Fioravanti, “*Lo que resultó no solo fue una simple disposición de poderes. De hecho, con la prerrogativa parlamentaria en materia de tributos se puso en discusión la ley fundamental*”.³³

Otro ejemplo es el del *Chief Justice* Edward Coke, quien utilizó un nuevo e interesante instrumento interpretativo, Coke identificó la esencia de la ley fundamental, la cual emerge de un plano jurídico normativo en calidad de *Common law*, mediante la obra de los jueces y el sistema de precedentes,³⁴ de tal manera que pudo resolver casos ordinarios con trascendencia constitucional, como el Bonham Case que es considerado el primer caso donde se utilizó la *judicial review*.³⁵

Para finalizar esta explicación del sistema inglés, cabe mencionar el papel que jugó la *Bill of rights* en Inglaterra, fue producto de la restauración de la monarquía, posterior a la revolución gloriosa en 1689. Siendo este el primer documento que buscó limitar los poderes del Rey, extrayendo facultades que inminentemente le pertenecían al monarca y depositándolas en el parlamento, lo que significó un decrecimiento en el poder del soberano.³⁶ Esto sentó las bases del constitucionalismo moderno, fundamentando la teoría liberal a partir de John Locke, que dio lugar a la independencia de Estado Unidos de América y con posterioridad la revolución francesa.

1.2.2 El sistema americano.

El sistema americano nació en el año de 1776, a partir de la declaración de independencia de las trece colonias y la declaración de derechos de Virginia. Tales documentos dieron nacimiento a una nueva nación, conocida como los Estados Unidos de América, fundada por grandes intelectuales de la época y hombres libres que se habían liberado del yugo inglés, por ello apareció un interés ideológico para conservar dicha libertad ganada por vía armada.

De tal forma que la nueva nación comenzó a tomar los derechos en serio, como menciona Zagrebelsky, “*se producía así una revolución copernicana, una diferente manera de entender la relación entre el Estado y los individuos que consistiría en la inversión de las relaciones usuales*”

³³ Fioravanti Maurizio, *Constitución de la antigüedad a nuestros días*, trad.de Manuel Martínez Neira, Madrid, Editorial Trotta, 2001, p.66.

³⁴ *ibidem*, p.69.

³⁵ Rey Martínez Fernando, “Una relectura del Dr. Bonham case y de la aportación de sir Edward Coke a la creación de la judicial review”, en Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (comps.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, Teoría general del derecho procesal constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008, t.I, p. 869.

³⁶ Fioravanti Maurizio, *op. cit.*, p.90.

y en la fundamentación del primero sobre los derechos de los segundos”,³⁷ esto quiere decir que el fundamento de la sociedad política norteamericana, giró en torno a los derechos y libertades civiles, excluyendo a la voluntad Estatal como criterio de actuación. El modelo americano prevé la existencia de auténticos derechos, así como restricciones en su ejercicio, ya sea de carácter Legislativo, administrativo o judicial.³⁸ Para los americanos, los derechos son preexistentes a la voluntad de cualquier Estado, en pocas palabras, la ley, el Estado y los funcionarios, están al servicio de los ciudadano en la tarea de proteger sus derecho, y no al contrario.

Como menciona Fioravanti, “*la revolución americana, tiende a combinar individualismo e historicismo, excluyendo de sus propios horizontes las filosofías estatalitas europeas de soberanía política*”.³⁹ El gran acierto del modelo americano se encontraba en las premisas constitucionales, ya que a través de distintas enmiendas contenedoras de derechos, se colocaban límites a la intervención estatal y empoderaba a sus ciudadanos para exigir lo que constitucionalmente les correspondía por vía judicial.⁴⁰ Por lo tanto, la supremacía constitucional quedó plasmada en una perspectiva de derechos, superando por mucho a los Estados europeos de la época; la limitación del poder se convirtió en una guía de actuación para el Estado y la tarea principal fue la protección de la Constitución. Por ende, este sistema fue fundado en el valor de los derechos naturales, llevando las primeras aportaciones de los *Rights*, de tradición inglesa a los postulados norteamericanos.⁴¹

La originalidad del sistema estadounidense está basada en el estudio y aprendizaje de otros sistemas políticos, integrando las mejores partes a su forma de gobierno. Es interesante la manera en que esta nación creó un sistema único de contrapesos del poder, colocando al juez como un órgano controlador de los demás poderes, a partir del texto constitucional como base para las decisiones judiciales e invalidando normas o actos que resultaran contrarias a ella.

Esto es debido a la gran desconfianza que existía hacia los legisladores que todavía representaban los privilegios del viejo régimen inglés. Para los estadounidenses la ley fundamental debía ser un texto orgánico, opuesto a los intereses de los gobernantes que intentarían

³⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p.54.

³⁸ *ibidem*, p. 55.

³⁹ Fioravanti Maurizio, *Los derechos fundamentales apuntes de historia de las constituciones*, 7ª ed., trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Editorial Trotta, 2016, p. 71.

⁴⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 56.

⁴¹ *ibidem*, p. 72.

actuar de manera ilegítima.⁴² Es por ello que se puede llegar a la conclusión de que el poder de la sociedad americana se aparta con claridad de la voluntariedad del Estado, la sociedad ya no era más objeto de servidumbre, por el contrario, cada ciudadano tenía y sigue teniendo, la posibilidad de contrariar al poder despótico.

En un principio los teóricos de la época se dedicaron a estudiar la comunidad política de esta nueva nación, encontrando grandes hallazgos en el papel que juega el juez para controlar el poder, así como el rol que juega en los intereses de la sociedad.

Tocqueville señaló tres cuestiones respecto del papel del juez en el sistema político americano, así como de los prerequisites necesarios para la función judicial, que son los siguientes:⁴³

- A) Debe de existir un debido proceso judicial que el juez deba observar en cualquier tipo de litigio.
- B) El juez se debe de pronunciarse sobre caso particular y no sobre cuestiones generales, si, por el contrario, el juez se pronunciara sobre cuestiones generales, sin antes darse a la tarea de estudiar el caso concreto, violaría la esfera competencial del poder Legislativo.
- C) El juez solo puede actuar cuando se ha hecho llegar a sus manos un caso y no puede conducirse por sí solo.

Estos principios son propios del sistema americano, diferenciándolo del resto del mundo, aunado a lo anterior, los jueces están facultados para inaplicar normas contrarias a la Constitución en casos concretos que se hagan llegar a su jurisdicción, de esta manera se protege la supremacía constitucional y se reconoce a la Constitución por encima de otras normas, lo que obliga a los operadores de justicia a evitar a toda costa que el texto constitucional sea violentado.⁴⁴ Esta es una de las características primordiales que debe tener el texto constitucional aunado a la permanencia, la cual ha ayudado a la Constitución norteamericana a sobrevivir las distintas épocas históricas, asimismo, se debe reconocer la integración de controles de poder para limitar la velocidad de las posibles reformas, obligando a las facciones partidistas a tomar un diálogo con la contraparte a fin de construir consensos políticos.

Regresando a la función judicial, cuando se inaplica una norma que se considera inconstitucional, la ley no pierde vigor, dado a que la inaplicación solo figura para el caso

⁴² Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales apuntes de historia de las constituciones, cit.*, p. 78.

⁴³ Tocqueville Alexis, *Democracia en América*, 2ª ed., México, Fondo de cultura económica, 1957, pp. 106-107.

⁴⁴ *ibidem*, p.108.

concreto, como lo menciona Tocqueville en referencia esta facultad ejercida por jueces de primera instancia,” *La ley así censurada está destruida: su fuerza moral ha disminuido, pero su efecto material no se suspende. Solo poco a poco, y bajo golpes repetidos de la jurisprudencia, llega a sucumbir al fin.*”⁴⁵ Esto garantiza que no exista una invasión injustificada del poder Judicial al Legislativo, haciendo del juez un verdadero guardián de la Constitución, el cual permite controlar actos arbitrarios de los demás poderes a partir de la este instrumento jurídico.

Por lo tanto, se puede inferir que la revisión de todas las leyes es limitada, dada la necesidad de un litigio para el ejercicio de dicha potestad, imposibilitando el control a todas las normas al arbitrio del juez,⁴⁶ si fuera de manera contraria, abriría la posibilidad de que el poder Judicial tuviera una acumulación excesiva del poder, por lo tanto, es justificada la premisa del control constitucional limitado.

Las primeras expresiones de tal control, se pueden encontrar en ciertos casos paradigmáticos que han abordado el tema desde distintos puntos de vista. El primer caso sobre control constitucional en Estados Unidos se encuentra en la sentencia del caso *Marbury v. Madison*, tal caso se suscitó en 1803, año en que el juez John Marshall instauró la competencia de la Corte para dejar sin efectos aquellas leyes que entrasen en conflicto con la Constitución.⁴⁷

Los hechos sucedieron en 1801, cuando el presidente John Adams dispuso el nombramiento de distintos funcionarios de gobierno, por medio de la votación del Senado, esto le permitió posicionar funcionarios clave en su gobierno. El problema comenzó con el nombramiento de William Marbury, quien fungiría como juez de paz en el distrito de Columbia; este nombramiento ya había sido ratificado y firmado por las autoridades competentes, sin embargo, no se pudo encontrar a tiempo a Marbury para podérselo entregar, debido a que, en los últimos días del gobierno de Adams, el presidente de la Suprema Corte de Justicia estadounidense (el juez Marshall) omitió entregárselo. De tal manera que cuando se dio el cambio de administración por parte del Presidente Jefferson, automáticamente se le negó la ratificación en el cargo. La negativa provino del entonces secretario de gobierno, James Madison, quien

⁴⁵ *ibidem*, p.109.

⁴⁶ *ibidem*, p.110.

⁴⁷ Breyer, Stephen, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia el punto de vista de un juez*, trad. de Ortiz Mena Alfredo Gutiérrez, México, Fondo de cultura económica, 2017, p. 51.

simplemente ignoró la petición realizada por Marbury, así que éste tomó cartas en el asunto, presentando su caso ante la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos.

El primer elemento que se estudió judicialmente, fue si Marbury tenía la posibilidad de que se conociera su caso ante la Corte Suprema. Para esto, se analizó el procedimiento necesario para otorgar un cargo público, este procedimiento se dividía en tres etapas, la proposición, que es el acto discrecional del presidente para elegir un candidato para un determinado puesto. En segundo término, la designación como acto continuado del Ejecutivo, complementado con el acuerdo del senado vía votación y por último, el nombramiento, el cual es la garantía constitucional para asegurar lo anterior.⁴⁸

La interpretación de dicha sentencia fue la siguiente: si bien, Marbury no fue seleccionado por Jefferson, sí había sido seleccionado por Adams, que en su momento tenía la facultad discrecional para poder realizar la proposición, y que posteriormente, había sido designado por el senado, por medio de una votación, sin embargo, solo quedaba ejecutar la garantía constitucional para completar la ratificación. En pocas palabras, se debía hacer valer el nombramiento que ya contenía la firma presidencial, así como el sello, lo único que faltaba era garantizar la ratificación reconocida por la Constitución. En efecto, el derecho le asistía a Marbury.

Para entrar al fondo del asunto antes referido, la Corte se preguntó, si tenía la competencia para conocer del caso, siendo que Marbury acudió directamente a la Corte, dejando de lado los tribunales ordinarios. Lo que hizo a los jueces plantearse si tenían la facultad originaria para poder conocer del caso, la respuesta se basó en la normativa constitucional y se dispuso lo siguiente:” *la Suprema Corte tendrá jurisdicción originaria en todos los casos concernientes a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, y en aquellos en los cuales sea parte un Estado. En todos los casos restantes, la corte suprema tendrá jurisdicción apelada*”.⁴⁹ Por tratarse de un nombramiento judicial, se desechó la posibilidad de admisión. Sin embargo, se acudió a la ley secundaria (*Judiciary Act*), la cual otorgaba a la Suprema Corte competencia originaria para conocer del caso Marbury, por este motivo dicha normativa entraba en contradicción con la Constitución.⁵⁰

⁴⁸ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 pp. 2-3. Disponible en: <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/Marbury-vs.-Madisno.pdf>

⁴⁹ *ibidem*, p. 10.

⁵⁰ Breyer, Stephen, *op. cit.*, p.59

Siguiendo esta línea se llegó a la conclusión de que un cuerpo Legislativo no podía estar por arriba de la Constitución, aunque reconociera más derechos para la protección vía judicial, lo que fue plasmado en la sentencia de la siguiente manera:” *Entre estas alternativas no hay posibilidad intermedia. La Constitución es o una ley superior, principalísima, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que los actos Legislativos ordinarios y como otras leyes, es alterable cuando a la legislatura le parece.*”⁵¹

Si la primera alternativa era verdadera, entonces un acto Legislativo contrario a la Constitución no es ley, si la segunda alternativa era viable, entonces las Constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo para limitar el poder. “*Ciertamente, todos aquellos que han forjado constituciones escritas han contemplado que formaran la ley suprema y fundamental de una determinada nación, y consecuentemente la teoría de cada uno de estos Estados, debe mencionar que cualquier acto de la legislatura contrario a la Constitución es nulo.*”⁵² De ahí se derivó el hecho de que la Suprema Corte no tuviera la competencia para conocer del caso, dejando sin protección al accionante, quien perdió de manera irremediable el caso.

De lo anterior, podemos concluir que la Constitución es un texto verdaderamente supremo, coercible y aplicable, la cual debe ser defendida por los jueces por medio de un instrumento interpretativo que les permita vigilar los actos de cualquier autoridad. Esta es la principal legitimación de quien interpreta el texto supremo, por ello se debe de remarcar que la interpretación judicial que sostiene una sentencia, no es una visión personal y arbitraria, sino todo lo contrario, ya que un juez parte de los principios, valores y derechos, reconocidos en el texto supremo, resultando una actividad esencial en las sociedades democráticas.

Otro de los temas importantes para Tocqueville que percibió en el sistema americano fue la manera en cómo se controla el poder que emana de las grandes masas mayoritarias en dicho país; ” *El imperio moral de la mayoría se funda todavía en el principio de que los intereses del mayor número deben ser preferidos a los del menor*”⁵³ estos interés mayoritarios se hacen valer por medio del legislador, quien es el que representa de las ya mencionadas facciones mayoritarias.

Tocqueville, siguiendo esta línea, advierte que existen dos tipos de peligros. El primero, versa sobre la inestabilidad del cuerpo Legislativo y consecuentemente la inestabilidad de la

⁵¹ *Marbury v. Madison, op. cit.*, pp. 10-11.

⁵² *ibidem.*, p.13.

⁵³ Tocqueville, Alexis, *op. cit.*, p. 255.

ejecución de las normas. El segundo, gira en torno de la posibilidad que poseen las multitudes para restringir los derechos de otras personas que no sean parte de estos grupos. Respecto del primer peligro, la desconfianza de los americanos hacia los poderes representativos era palpable, el poder Legislativo se veía como una mal necesario en un gobierno democrático, ya que se obligaba a cambiar constantemente de representantes, para Tocqueville, este mal tendería a empeorar si se le dotaba de poder y acción desmedida.⁵⁴ Este legislador, como era natural en aquella época, se inclinaría por los deseos que tuviera la muchedumbre en un momento determinado, dejando de lado la objetividad o la verdadera necesidad de crear una norma, así sucedería con cada deseo de la masa que terminaría por desestabilizar la función legislativa.

Aunado a ello, se integró otro problema, debido a la imperiosa necesidad que representa el cumplimiento de las normas, no deben ser contempladas las mayorías para tal labor, ya que de contemplarlas, se dejaría de lado el cumplimiento de las mismas, debido a que su comportamiento no derivan de un razonamiento objetivo, sino de la emoción, Tocqueville mencionó lo siguiente, *“Siendo la mayoría el único poder al que es más importante agradar, se acude con ardor a las obras que emprende; pero en el momento en que su atención se fija en otro lugar, todos los esfuerzos cesan.”*⁵⁵ Derivado de ello, el poder para realizar acciones de gobierno, debe ser sopesado de manera objetiva con la finalidad de que el Estado responda a las necesidades del momento.

Esto demuestra lo endeble que es la representación directa de las grandes masas, así como su falta de compromiso con las cuestiones públicas. Al respecto, Tocqueville mencionó lo siguiente: *“Como cada uno apartaba entonces lo ojos del objeto que ya no atraía las miradas del que mandaba, la vigilancia había cesado.”*⁵⁶ Este sigue siendo uno de los problemas más visibles y que no se han resuelto en la actualidad; los estadounidenses dejaron en claro, desde el principio, los lineamientos que debían seguir sus gobernantes, a pesar de ello, observamos que muchos de ellos se han saltado las barreras jurídicas con el fin de imponer su voluntad, sabiendo que tiene el control del Congreso y la dirección de la masa.

⁵⁴ *ibidem.*, p. 256.

⁵⁵ *idem.*

⁵⁶ *ibidem.*, p. 257.

Es hoy, más que nunca, necesario abordar dicha situación y encontrar las fallas del sistema americano, que ha sido copiado en otros hemisferios del globo terráqueo, presentando un sin número de problemas, ahí a donde se ha llevado.

En cuanto al segundo peligro, responde a una visión utilitaria del sistema político, la cual fue la principal fuente de los debates teórico-políticos de aquellas épocas y poco enseñado en las Universidades Latinoamericanas. El utilitarismo benthamiano, se fundó a partir de la preferencia que debía tener el cuerpo estatal para materializar los deseos de las mayorías, aunque estos no sean realizables, no sean coherentes o no sean conformes al texto constitucional. Esta postura fue seguida por John Stuart Mill, quien integró nuevas aportaciones para cumplir estos deseos mayoritarios. En última instancia quien siguió a estos autores fue John Austin, autor poco conocido para el público hispanohablante, pero de gran relevancia teórica, Austin teorizó que el Estado debía servir como un mecanismo práctico al servicio de la mayorías, capaz de seleccionar las mejores medidas tendientes a garantizar la felicidad de la población en su conjunto.⁵⁷

Dichos postulados han estado presentes en la teoría americana, sin embargo, el debate quedó inacabado y en la última mitad del siglo XX surgió un especial interés por este; entre los detractores a dicha teoría encontramos a Ronald Dworkin, el profesor estadounidense mencionó que *“Los utilitaristas sostienen que una comunidad estará mejor porque, mayor número de ciudadanos tendrán más de aquello que quieren, aunque algunos tengan menos.”*⁵⁸ Esta es la justificación que usan las mayorías al momento de limitar libertades, descartando la objetividad de aquel reclamo.⁵⁹ La naturaleza de este tipo de decisiones, siempre es subjetiva, dependiente de que hará más felices a los individuos del grupo. En los grupos sociales, suele encontrarse dos tipos de preferencia, una preferencia personal y una preferencia externa.

La preferencia personal es aquella que enuncia el anhelo del individuo y es compartido con un determinado grupo quienes adoptan puntos de vista similares. Respecto a la visión externa, se puede explicar como aquel anhelo que tiene un individuo con respecto a otro, ¿qué se le debe de asignar a alguien distinto a mí?, ¿cuáles son las oportunidades o bienes que deberían

⁵⁷ Moreso Mateos, Juan José, “Cinco diferencias entre Bentham y Austin” en Anuario de filosofía del Derecho, Barcelona, Ministerio de justicia, 1989, VI, pp. 359-376.

⁵⁸ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 391.

⁵⁹ *ibidem*, p. 392.

asignársele a cierta persona? La respuesta se vuelve compleja en este punto, debido a que no existen criterios para poder determinar que le pertenece a tal persona o que no debe pertenecerle.

Para poner un ejemplo de lo anterior, supongamos que cierto número de individuos en la comunidad sostienen teorías políticas racistas. No creen que cada hombre ha de contar como uno en la distribución de bienes, sino más bien que una persona de raza negra ha de contar como menos, y por consiguiente un blanco como más de uno, siguiendo esta línea, se asignarían determinados derechos a ciertos individuos por el simple capricho preferencial y subjetivo de la mayoría, que en este caso sería la población blanca, la que creara distinciones, llevando consigo una negación de la igualdad. Este caso no es el único, es uno de tantos, de la misma manera esta problemática puede plantearse para otros grupos similares, como, por ejemplo; las personas integrantes de la comunidad LGBTTIQ, las personas en migrantes, las personas en condición de pobreza, los disidentes políticos, las personas pertenecientes a una etnia indígena, las mujeres y un largo etcétera.

La opinión de las mayorías hecha decisión, abre la puerta para la discriminación, la desigualdad y algunas graves violaciones de los derechos humanos, legitimándose en el apoyo popular y disfrazándose de una falsa idea de democracia. Es sin duda tema de importancia el establecer límites a este poder factico y arbitrario, el cual ve en sus propias cualidades la encarnación de la voz del pueblo, por ello es que se debe profundizar en aquellos casos en los que han estado en peligro los derechos de las minorías a causa de las decisiones tiránicas derivadas del anhelo de la muchedumbre.

Tal razón llevó al análisis de cuatro casos paradigmáticos que estremecieron a los Estados Unidos, y los cuales estuvieron inmersos en un amplio debate de interpretación constitucional. Respecto de este tema se encuentran los casos *Scott v. Sanford*, *Plessy v. Ferguson*, *Sweatt v. Painter* y *Brown v. Board of Education I y II*, este último conocido como la crisis de Little rock o los nueve de Little rock, cada caso explica la importancia de la defensa de los derechos en contra del pensamiento popular en torno a la segregación racial en Estados Unidos.

El caso *Scott v. Sanford* es recordado por haber adoptado las opiniones mayoritarias de la masa, a una decisión judicial, es considerada una de las peores sentencias de la Suprema Corte

Estadounidense, que terminó por encender los ánimos que dieron lugar a la guerra civil en aquel país.⁶⁰

En el caso se deliberaron cuestiones de importancia. El Juez Taney, quien fungió como presidente de la Suprema Corte en ese momento, proporcionó los argumentos más interesantes de la sentencia. Taney comenzó preguntándose si una persona de raza negra podía ser considerado ciudadano de los Estados Unidos.⁶¹ Sí la respuesta era positiva, las personas de raza negra tenía todos los derechos para defenderse de cualquier acto arbitrario por vía judicial; si por el contrario no era considerado un ciudadano, entonces no podía comparecer ante un tribunal.⁶² Esta sentencia resultaría paradigmática, ya que tenía el potencial para cambiar una discriminación estructural en dicho país, dado que la sociedad norteamericana de piel blanca, tenía prejuicios y sentimientos de superioridad, sobre la raza negra, a quienes consideraban mercancía, existente a partir de un régimen de propiedad, la cual podía ser adquirida y vendida, sin mayor preocupación.⁶³

Ante estas dos alternativas, el juez Taney tuvo un criterio demasiado corto, ya que estableció que solo se podía demandar entre ciudadanos. En su voto particular comentó que debía de resolverse conforme a la opinión pública mayoritaria, perteneciente a los ciudadanos blancos, por ende y siguiendo el criterio racista, una persona negra no podía ser considerada como un ciudadano. Sin embargo, existieron posturas contrarias dentro de dicho tribunal, una de ellas fue la del juez Curtis, quien expresó que cualquier individuo por mandato constitucional que naciera en Estados Unidos, no solo era libre, sino que además era ciudadano de esa nación,⁶⁴ posteriormente, explicó la incongruencia de algunos Estados nortños quienes habían abolido la esclavitud, otorgando la ciudadanía a las personas de color, pero los habían limitado por la vía legislativa, lo cual representaba una transgresión directa a la Constitución.⁶⁵

A partir de la interpretación de la quinta enmienda, el juez Curtis estableció que “*La esclavitud es un régimen a partir de la ley positiva. No es una institución fundamentada por el derecho natural ni el derecho consuetudinario*”,⁶⁶ esto significó que, para Curtis, las personas de raza negra debían de gozar de los mismos derechos que las personas de raza blanca, eliminando,

⁶⁰ Breyer, Stephen, *op. cit.*, p. 77-99

⁶¹ Scott v. Sandford, 60 U.S. 403. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/60/393>

⁶² *ibidem*, p. 406.

⁶³ *ibidem*, p. 407.

⁶⁴ *ibidem*, p. 572.

⁶⁵ *ibidem*, p. 573.

⁶⁶ *ibidem*, p. 452.

en la medida de lo posible, ese horrible régimen de propiedad en que habían encasillado a toda la población negra.

Por su parte, la Suprema Corte decidió apoyar el criterio de Taney, sentenciando que Dred Scott, quien había acudido a los tribunales en búsqueda de justicia, no tenía derecho a defenderse, puesto que era negro y, por ende, debía ser considerado como una mercancía sin valor humano. Esta sentencia de corte racista, encendió los ánimos de los territorios del norte y el sur de los Estados Unidos. Por una parte, el norte se había declarado abolicionista, mientras tanto, el sur se aferraba a los sistemas de explotación esclavista, lo que provocó el máximo conflicto interno que haya conocido los Estados Unidos de América, dando inicio a la guerra secesión.

Del análisis general se puede concluir que existe un peligro inminente en la toma de una posición política mayoritaria, ya que alienta la división entre los ciudadanos, dando como resultado injusticias sociales e históricas de carácter irreparable.

Este criterio hizo eco en las décadas posteriores, de tal manera que llegaron algunas reminiscencias del racismo institucional que se vivía en aquella época, ejemplo claro fue el caso *Plessy v. Ferguson*. Esta disputa judicial permitió a la Corte Suprema establecer el clásico criterio de iguales, pero separados, por lo tanto, los Estados tenían la obligación de crear servicios iguales para la raza negra y blanca, de manera tal que pudieran estar separados, imaginemos escuelas especiales para personas de raza negra, transportes, lugares para vivir, etc.

El juez Browns fue quien conoció del caso, comenzó preguntándose si el acta de Louisiana era compatible con la Constitución, específicamente con la decimocuarta enmienda, la cual estipula que todos los estados provean de una protección igualitaria ante la ley a todas las *personas* (no solo a los *ciudadanos*) dentro de sus jurisdicciones, ya que dicha acta permitía un trato discrecional y diferenciado hacia la raza negra; a partir de esto se mencionó que la separación de razas por vía legal pone a la raza negra en inferioridad estableciendo una servidumbre involuntaria en indirecta.

En un punto contrario, la mayoría de los jueces de la Suprema Corte interpretaron que una ley que hacía trato diferenciado era acorde con el texto constitucional, porque esta se apoyaba en la opinión mayoritaria de la legislatura, órgano designado constitucionalmente para legislar, siendo que las distinciones legales entre razas, eran distinciones válidas, dado a que los hombres

blancos tienen que distinguirse de otro tipo de razas, sin que esto incidiera necesariamente en la igualdad legal o en alguna especie de servidumbre involuntaria.⁶⁷

Siguiendo esta línea, los jueces determinaron que sí la raza negra quería un mejor trato, deberían ser la mayoría en el Congreso y que cuando llegaran a serlo, nada deberá detenerlos para imponer ciertas medidas restrictivas hacia los blancos. El tribunal prosiguió argumentando que el acta no propone una desigualdad social respecto de ciertos servicios, sino que existe una igualdad, dado a que no se les niega el servicio, sino que solo se les divide, estableciendo un criterio que reza lo siguiente; “*los individuos son iguales pero deben estar separados.*”⁶⁸ Por ende, las legislaturas estaban en todo su derecho para establecer este tipo de estatutos, dado que el cuerpo Legislativo es el poder que interpreta y lleva a cabo usos y costumbres de la población, apegándose a los deseos mayoritarios de la población.⁶⁹

Este racismo selectivo, comenzó a resquebrajarse con el caso Sweatt v. Painter (No 40), Sweatt era un estudiante del Estado de Texas al que se le había negado la admisión a la universidad estatal, no por el hecho de que no pasara el examen de admisión, sino por ser negro, se le recomendó que accediera a una de las universidades especiales para negros que el Estado de Texas había creado para satisfacer dicha necesidad.

Por extraño que parezca, hubo una época en la cual algunos Estados de la Unión americana, crearon facultades especiales para gente de raza blanca, separándolas de la gente de raza negra, diferenciando ambas instituciones por la calidad educativa, siendo que la facultad para personas de raza negra, no tenía los mismos recursos materiales y humanos que la universidad para personas de raza blanca.

Debido a lo anterior, este joven estudiante decidió demandar a la universidad estatal para gente blanca, ya que se vulneraba su derecho a la igualdad de trato, respecto de su ingreso. Este argumento lo llevó ante la Corte del estado de Texas, la cual resolvió que “las leyes estatales para negros recientemente establecidas ofrecían privilegios, ventajas y oportunidades para el estudio de la ley sustancialmente equivalentes a los ofrecidos por el Estado a estudiantes blancos en la Universidad de Texas.” Por lo tanto, se denegó el derecho.⁷⁰

⁶⁷ *ibidem*, p. 544.

⁶⁸ *ibidem*, p. 552.

⁶⁹ *ibidem*, p. 551.

⁷⁰ Sweatt v. Painter 339 US 629, pp. 631-636. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/339/629/>

A causa de ello, Sweatt promovió un *certiorari* (así se le conoce al instrumento procesal para solicitar que la Corte Suprema conozca de un caso en concreto, similar a la petición de facultad de atracción que los abogados mexicanos, realizan para que su caso sea conocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México), el cual fue admitido. El juez que estudió el caso fue Vinson, quien determinó que las condiciones materiales ponían a los estudiantes de raza negra en una amplia desventaja en comparación a sus homólogos blancos, al no tener la experiencia en administración escolar, ni tener los recursos materiales y humanos, se concluyó que la escuela para gente de raza negra estaba de lejos de ser una buena escuela y el derecho a la educación de calidad se encontraba fuera del alcance del peticionario.⁷¹ Derivado de esto, la Suprema Corte decidió que el Estado de Texas estaba obligado a resguardar su igualdad ante la ley, dejando que Sweatt accediera en igualdad de condición a una universidad. Esta decisión fue paradigmática, en el sentido de que la Corte desechó de facto el criterio iguales por separados, establecido con anterioridad en *Plessy v. Ferguson*, de esta manera, el derechos a la igualdad ganó terreno para lo que siguió a continuación.⁷²

Años posteriores al caso Sweatt, llegó el caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, donde se quebró de manera definitiva con la segregación racial a nivel institucional. Tal caso comenzó con el rechazo de niños negros que deseaban cursar la primaria en el Estado de Arkansas, las autoridades en ese momento habían dispuesto que las escuelas públicas deberían ser separadas por razón de raza y esto debía permear en todos los niveles educativos, desde los niveles básicos hasta los estudios de posgrado. Evidentemente esto creaba un ambiente de inferioridad debido a la discrepancia de los recursos que se otorgaban a las escuelas para desempeñar su función, esto hizo que los representantes legales de estos menores de edad presentaran su debido recurso judicial, el cual terminó llegando a la Suprema Corte. No fue hasta 1952, cuando la Corte realizaría una magnífica interpretación, comenzando por discutir si el criterio de iguales, pero separados, es aplicable para cuestiones educativas, el tribunal dictó que eso no era factible, aunque las instalaciones y los recursos fuesen iguales, es así que el criterio del juez Warren, prevaleció sumándosele los demás jueces.

El argumento principal de los demandantes, comenzó describiendo el hecho de que no podía existir las condiciones necesarias para afirmar que el Estado garantizaba el derecho

⁷¹ *ibidem*, p. 635.

⁷² *ibidem*, p. 636.

constitucional de igualdad ante la ley, ya que al existir segregación racial en las escuelas, se diferenciaban titulares del derecho.⁷³ Por su parte, la Corte comenzó dando una explicación histórica sobre la evolución de la educación para niños de color en el sur de los Estados Unidos de América, iniciando un estudio respecto de la decimocuarta enmienda (*due process clause*), los jueces llegaron a la conclusión de que a pesar que en 1868, se había prohibido la esclavitud, siguió persistiendo algunas prácticas segregacionistas, sobre todo en los Estados sureños.

En un principio, dichos Estados no contemplaban un sistema público de educación, la enseñanza estaba en manos de particulares y era especial para niños blancos; la educación para la gente negra era inexistente, las interpretaciones posteriores a 1896, comenzaron a garantizar el derecho a la educación, a partir del criterio, iguales pero separados, mencionado en la sentencia del caso *Plessy v. Ferguson*.

De esta manera, el razonamiento segregacionista comenzó a ser usado para cualquier aspecto de la vida, en este sentido, fue remarcado el criterio extraído del caso *Sweatt v. Ferguson*, sin embargo, la Corte remarcó que a pesar de los esfuerzos para proteger a *Sweatt*, no habían frenado la segregación racial en los ámbitos educativos.⁷⁴ Por lo tanto, hacía falta nuevo criterio judicial, la Corte fue muy clara en ello resolviendo que el problema de fondo no se encontraba en el tipo de estructura o recursos que tuviera una entidad académica, sino que la educación es la base de la ciudadanía, que permite despertar en cada niño los valores culturales que le servirán para mejorar su calidad de vida, permitiéndole adaptarse a los retos de la vida, por lo anterior, la Corte concluyó que la educación debe ponerse a la disposición de todos en igualdad de condiciones.⁷⁵

Asimismo, la Corte advirtió que de permitir la segregación racial en las escuelas públicas, el Estado causaría un sentimiento de inferioridad en los niños de color y un daño irreparable en sus corazones y sus mentes, debido a ello, la segregación debería considerarse un lastre en la educación de los niños y su desarrollo intelectual.⁷⁶ Aunado a ello, el tribunal se planteó si la eliminación de la segregación en la educación pudiera ser inmediata o, por el contrario, los tribunales locales deberían vigilar una lenta, pero certera, eliminación del problema. Se

⁷³ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 489. Disponible en : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>

⁷⁴ *ibidem*, pp. 492–493.

⁷⁵ *ibidem*, p. 494.

⁷⁶ *ibidem*, p. 495.

propusieron distintas alternativas para este objetivo, lamentablemente no hubo una respuesta concreta, la Corte terminó decidiendo que la eliminación de la segregación racial debería ser gradual y lenta. Junto a esta decisión, también se permitió a los 9 niños de raza negra, integrarse a la escuela para niños de raza blanca.

El fallo tuvo una respuesta negativa por parte de la población, hasta el punto en que se convirtió en una crisis social, conocida como la crisis de Little Rock, la cual dio paso a la segunda parte del caso. La población de esta localidad había rodeado la escuela con el fin de que no se permitiera la entrada a los niños de raza negra. Derivado de ello, los peticionarios volvieron a presentar una demanda ante la Suprema Corte, la cual fue admitida, esta vez los jueces tuvieron mano dura, rectificando su criterio anterior y ordenando que se ejecutara sentencia.⁷⁷

El caso concluyó con el despliegue de las fuerzas armadas para desalojar a quienes impedían el cumplimiento de la sentencia dictada por la Corte, esto aseguró que los niños de raza negra recibieran una educación de calidad, a pesar de que las mayorías no lo quisieran.

Podemos concluir que todos los casos descritos con anterioridad, tienen algo en común, constituido por la función del juez para aminorar y en parte, frenar los criterios mayoritarios en contra de los grupos minoritarios. Esta es una de las funciones del juez constitucional, quien tiene la obligación de actuar como garante de derechos, permeando en toda la sociedad, con independencia del acuerdo de las mayorías. Los impartidores de justicia no deben guiarse por criterios utilitarios, han de tomar a la Constitución como base para la protección de cualquier individuo o sector vulnerable de la población.

Es interesante la manera en que los estadounidenses se conducen, por medio del ensayo y error, han podido despegarse de algunos criterios muy cimentados en la cultura popular, colocando a la Constitución como la base perfecta, para la construcción de una sociedad igualitaria. Con esta breve conclusión se concluye la explicación respectiva de la división de poderes en Estados Unidos de Norteamérica.

1.2.3 El sistema europeo continental.

En cambio, Europa estaba gestando la división de poderes de una manera muy distinta a los sistemas del *Common Law*, recordemos que la primera formulación de un Estado tal cual lo conocemos, fue hasta después de la revolución francesa, donde la burguesía buscaba establecer

⁷⁷ Breyer, Stephen, *op. cit.*, pp.106-105.

ciertos valores, tales como la libertad y la igualdad, usando al Estado como herramienta para garantizar esas prerrogativas. Esto permitiría que las relaciones de producción fueran eficaces, con el fin de avalar un nuevo sistema económico conocido como capitalismo. Por ello, el Estado jugó un papel primordial para coaccionar la unidad territorial, y jurídica, a partir de la soberanía estatal como expresión de voluntad.⁷⁸

Este periodo se caracterizó por un ordenamiento de las funciones de la autoridad, utilizando la función legislativa para establecer lo que cada poder debía hacer en el ámbito de su competencia, lo que daba como resultado un apego por la legalidad, sin embargo, esta función legislativa estaba reservada para ser ocupada por las clases burguesas, haciendo que el poder Ejecutivo estuviera limitado y que el juez solo fuera un mero aplicador de la norma.⁷⁹ En algunos casos el juzgador era considerado como un apéndice necesario para dar por terminado el proceso Legislativo.⁸⁰ Esta fue la razón principal de la inclinación por el principio de legalidad que a su vez, unía la estructura jurídica Estatal.

Este ente imponía la norma creadora de las demás normas, lo cual anclaba a la figura estatal a ejecutarlas, por lo tanto, se tenía que imaginar al Estado como un persona física que estaba detrás de todos estos actos estatales,⁸¹ a tal punto que se llegó a comparar al Estado con Dios.⁸² Asimismo, el Estado establecía una relación de subordinación con los individuos que habitasen en él, la relación se determinó en tres elementos, “*el principio de legalidad*”, “*la teoría de la autolimitación*” y la teoría de los “*derechos públicos subjetivos*” que encontrarían cabida en países como México, donde los derechos se conocieron como garantías individuales.

El principio de legalidad es aquel que derivó del poder monolítico en Francia, ejercido por la legislatura con el fin de subordinar los actos de la administración pública y dar certeza de la actuación estatal a la ciudadanía, por lo tanto, la administración tenía la obligación de acatar la

⁷⁸ Cabo, Carlos, “La función histórica del constitucionalismo”, en Carbonell Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución ensayos escogidos*, México, Porrúa, 2016, pp.46-47

⁷⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 30.

⁸⁰ Kelsen, Hans, *Teoría del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, Barcelona, Editorial labor, 1934, p. 307.

⁸¹ *ibidem*, p. 97.

⁸² “Lo mismo que el Estado, Dios es imaginado, en esencia, como una persona, como personificación del orden universal, del orden del mundo, del mundo como sistema de normas o leyes naturales. Así como el derecho es la voluntad del Estado, el contenido de la voluntad de dios está formado por las normas y leyes naturales que constituyen el sistema del universo. Y así es como el Estado es la unidad personificada del derecho merced a la hipóstasis de un ser metajurídico, trascendente al derecho, cuya relación con él es la cuestión fundamentalísima de la teoría del Estado”, *ibidem*, p. 100.

norma, al pie de la letra, creando un espacio reducido de actuación.⁸³ Este apego por la legalidad era seguido por la preocupación de separar la ley de su ejecución, autores como Hans Kelsen, entendieron muy bien que era imposible evitar arbitrariedades en contra de los súbditos, pero que podría reducirse al mínimo la violación de sus derechos, si había las condiciones reales para limitar el poder, encontrando la respuesta en la norma.⁸⁴

Por su parte, otros académicos de la talla de Kelsen como Carl Schmitt, veían de manera distinta el problema, sin embargo, partían desde el mismo postulado. Para Schmitt, el principal objetivo de la legalidad debía ser la de controlar al ejército y la burocracia, la cual debería someterse al poder de la ley, asimismo la legalidad, no solo debía controlar los actos de autoridad, sino también los del individuo, siendo que su libertad debería estar limitada a lo que la ley prohibiera expresamente, por lo tanto, mientras la autoridad debía acatar lo establecido por la norma, el individuo solo podría actuar, siempre y cuando, una norma no lo prohibiera.⁸⁵

El segundo elemento que compone a las teorías legalistas, se encuentra en la autolimitación del Estado, la cual ha sido un gran tópico que prevalece hasta el día de hoy. Para las estructuras legacentristas la autolimitación era una condición necesaria para el ejercicio del poder por parte de los funcionarios de gobierno, sobre todo, cuando se trataba de la vida de los súbditos. Para ilustrar mejor lo anterior, se deben tomar en consideración posturas como la de George Jellinek, quien proponía a la soberanía estatal como el eje principal para limitar el poder institucional, estableciendo que la norma jurídica reconociera cierta protección al ciudadano, evitando que se atentara en contra de sus derechos que el poder estatal le había otorgado.⁸⁶ Esta teoría fue adoptada por la mayoría de los Estados europeos de la época, fracasando rotundamente, ante la aparición del totalitarismo, comandado por un jefe único el cual demostró lo fácil que era deshacerse de la de la autolimitación.

Por último, se encuentra el tercer elemento, cimentado en la manera en que los Estados europeos concibieron a los derechos, los cuales, a su criterio, debían ser otorgados por la voluntad estatal plasmada en ley, con ello, se asegurarían una definición y limitación a su ejercicio. Lo anterior lleva a pensar que los derechos eran vistos como una clase de concesión sin garantía

⁸³ Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 27.

⁸⁴ Kelsen, Hans, *Teoría del Estado, cit.*, pp. 335 –337.

⁸⁵ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, España, Editorial Alianza, 1982, p. 152.

⁸⁶ Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Enrique Figueroa Alfonso, México, 1997, p. 283.

suficiente para ser demandados.⁸⁷ el argumento de muchos positivistas para sostener lo anterior, giraba en torno a la distinción que se solía hacer entre el derecho subjetivo y el derecho objetivo. Al respecto, Hans Kelsen mencionaba que el derecho subjetivo solo era una mera pretensión que habitaba en la psique del individuo y que se desplegaba por medio del derecho objetivo, en si el derecho subjetivo no existía, al ser producto del deseo del individuo, por lo tanto, este derecho no era plenamente autónomo, ya que dependía del derecho objetivo, este último, presente en los procesos e instituciones.⁸⁸

Es así que el ejercicio del derecho subjetivo, estaba limitado a la previsión legal, como, por ejemplo, los derechos reconocidos en una Constitución, enfocados al significado textual, sin expandir el criterio interpretativo. De tal manera, que, si un derecho básico no estaba previsto en la legislación, no podía ser exigido, el individuo, por lo tanto, estaba atado al derecho objetivo que daba valía al derecho público subjetivo.⁸⁹

Kelsen estaba consciente de la paradoja que existía y, de hecho, hizo una separación entre los derechos innatos y los derechos adquiridos, para él, la idea del derecho subjetivo contra puesto al derecho objetivo equivaldría a la libertad, pero esta, a su vez, solo podía ser garantizada y limitada por el derecho objetivo.⁹⁰

Lo anterior se complementa con el enfoque que se tuvo respecto de la división de poder, la cual era sostenida por muchos positivistas antes de la segunda guerra mundial. Los primeros desarrollos teóricos fueron muy vagos, porque se tomó como punto de partida la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, la cual establecía que los derechos debían ser respetados y recordados por la sociedad en su conjunto y en especial, por los órganos representativos, como el poder Ejecutivo y el Legislativo, sin embargo, no había el mecanismo judicial adecuado para ello, de hecho, se excluyó la función judicial de este documento.⁹¹ De tal manera, que, por un

⁸⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 48.

⁸⁸ Kelsen, Hans, *Teoría del Estado*, cit., p. 72 -73.

⁸⁹ *ibidem*, p. 77.

⁹⁰ *ibidem*, p. 78.

⁹¹ "Los Representantes del Pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre, para que esta declaración, constantemente presente para todos los Miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder Legislativo y del poder Ejecutivo, al poder cotejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos."

lado, los derechos eran una prioridad, pero por otra, estaban alejados de principios como la división de poderes, careciendo de la protección adecuada; resultado de lo anterior, el poder no jugó un papel relevante en la mencionada declaración. Esto se sumó a la nula teorización respecto de la democracia en concordancia con la división de poderes, se ha de recordar que la democracia para los franceses era representada por la voluntad popular mayoritaria, la cual había de ser depositada en el cuerpo Legislativo. Derivado de lo anterior, se puede concluir que se desechó la clásica división de poderes y se adoptó al poder Legislativo como máximo actor del juego político.⁹²

A principios del siglo XX, nació un interés renovado por la manera en que se concebía al poder, por ejemplo, George Jellinek influenciado por la federación estadounidense, estableció que no existía propiamente una división de poderes, sino solo una división de funciones, por lo tanto, el poder estatal solo era uno.⁹³ Kelsen, por su parte, se adhirió al pensamiento de Jellinek, consistente en que el poder estatal es indivisible, pero a diferencia de este, Kelsen mencionaba que existen argumentos admisibles en la división de poderes clásica, propuesta por Montesquieu, argumentando que uno de los mejores controles del poder era aquel derivado del principio democrático, instaurado en el poder Legislativo, el cual limitaba las pretensiones del Monarca y retirándole la facultad de hacer leyes.⁹⁴ De esta manera, estableció el primer control del poder, colocando al Parlamento como los defensores auténticos de la libertad en contra del absolutismo.

El otro límite del poder señalado por Kelsen, fue la división existente entre la administración de justicia y la administración pública, para el austriaco, cada elemento es importante por sí mismo, debido a que si un poder administra todo el Estado se corre un peligro intrínseco a perder la libertad, debido a la obediencia jerárquica y falta de objetividad de la administración. Por ello, la jurisdicción debe jugar un papel independiente, buscando proteger los derechos públicos subjetivos otorgados por la ley, en materias como la penal y la civil, donde los individuos se juegan este tipo de derechos, como el patrimonio, la libertad o hasta la vida. Mientras tanto, la administración pública solo se debía encargarse de la ejecución del derecho,

Declaración de los derechos del Hombre y el ciudadano, 1789, p. 1. Disponible en: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

⁹² Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, op. cit., p. 298.

⁹³ *Ibidem*, p.299.

⁹⁴ Kelsen Hans, *Teoría General del Estado*, cit., pp. 339-340

más respectivamente, las obligaciones que el individuo contrae con el Estado, como los es el pago de impuestos, los permisos para salir del país, etc.

Para Carl Schmitt, el problema debía ser enfocado desde una perspectiva distinta, para él, la división de poderes era un producto histórico, derivado de la historia política de Inglaterra y copiado de manera secundaria en la declaración francesa. Schmitt hizo énfasis en que había que distinguir los tipos de poderes con los cuales se llegan a compensar las facultades contrapuestas, llevándolas a un equilibrio. Para este autor, el poder Legislativo era un aglomerado monstruoso de distintas facciones privilegiadas que, de no limitarse con otro poder, podrían perder el control del Estado, por ende, se necesitaba de la creación de un parlamento auténtico que representara las necesidades del pueblo y que pugnaran por el bien común de la sociedad.⁹⁵

Estas maneras específicas de concebir los derechos y la división de poderes, permitió que el autoritarismo tomara control, ejemplo de ello, la teoría de la democracia kelseniana que postulaba la existencia de una democracia formal, amparada por las instituciones con el fin de permitir que las distintas facciones políticas llegaran al diálogo para la solución de sus disputas. Kelsen pensaba que el sistema democrático representaba, por sí mismo, un contrapeso mayoritario, ya que el cuerpo Legislativo era el único facultado para crear normas que permitieran a los demás órganos públicos controlar a los grupos mayoritarios. Una vez que se creara la norma, las instituciones tendrían la tarea de ejecutarlas y con ello protegerían a los grupos minoritarios.⁹⁶

El profesor austriaco, entendía muy bien la teoría utilitaria donde el imperio de las mayorías debería ser adoptado, permitiendo la imposición del criterio más popular, sin embargo, esto acarrea problemas graves, ya que, en una sociedad democrática, todos los grupos políticos deben de existir en un entorno de respeto y tolerancia, haciendo del diálogo el instrumento por excelencia para la adopción de una decisión. Por ende, una sociedad que se pueda llamar incluyente, debe evitar las confrontaciones por cuestiones de raza, sexo, religión, preferencia política, etc; dicha colectividad debe girar alrededor del común acuerdo, el resultado de este, debería ser conocido como la verdadera voluntad popular, eliminando cualquier posibilidad de imposición.⁹⁷ De esta manera, la democracia formal se convertiría en una garantía para que los

⁹⁵ Schmitt, Carl, op. cit., pp. 226-227.

⁹⁶ Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, 2ª ed., trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, México, Editora Nacional, 1974, pp. 81-83.

⁹⁷ *ibidem*, pp. 85-89.

intereses de toda la sociedad puedan ser oídos en la tribuna pública, permitiendo un espacio público de debate, certeza electoral y bien común.

Además, Kelsen propuso un órgano electoral que funcionara como árbitro para las prácticas electorales en contraposición de aquellos caudillos que buscaran legitimar sus deseos o aspiraciones a partir de la voluntad de las mayorías, esto representaba un límite claro a la posibilidad de sobre representación y en un segundo término a la posibilidad de designar arbitrariamente a los funcionarios públicos por orden del líder político.⁹⁸ El objetivo principal de esta autoridad y del modelo general de democracia representativa, era el de permitir a los sujetos expresar su voluntad individual respecto de la preferencia que pudieran tener por un candidato, y una vez que este llegara al poder y asumiera funciones en el gobierno, deberían garantizarse los mecanismos institucionales suficientes para garantizar que el gobernante pudiera expresar su inconformidad y exigir cuentas.⁹⁹

Por el contrario, Carl Schmitt creía que el Estado iba más allá que un simple ordenamiento jurídico que se reproducía así mismo de manera circular, él mencionaba que la autoridad estatal era el resultado del status político de un pueblo organizado en el interior de sus fronteras, derivando así, una visión más allá de la formalidad legalista.¹⁰⁰ Para Schmitt, el Estado partía del concepto de lo político, el cual está presente en todas las antítesis de cualquier afirmación, lo que implica que cualquier acto de la vida cotidiana puede tomar tintes políticos.¹⁰¹ Por ejemplo, si yo mencionara que una determinada acción es buena, siempre habrá una contraposición de alguien que diga que es malo, si yo digo que algo es feo, siempre habrá alguien que le resulte bello, un ejemplo más político se representa en el espectro económico definido entre liberales o marxistas.

Por ende, esta antítesis está concebida para la confrontación de grupos que afirmen cuestiones contrarias, esto da lugar al binomio amigo y enemigo. Conceptualizando al amigo como aquel que comparte una postura sobre cierto asunto con un grupo números, por el contrario, el enemigo sería aquel que estuviera en desacuerdo con el anterior grupo. Dicha contrariedad no podría ser resuelta por un tercero imparcial, ya que perdería la fuerza antitética que representa el

⁹⁸ *ibidem*, pp. 115-116.

⁹⁹ *ibidem*, p. 121.

¹⁰⁰ Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza Editorial, 1991, p. 49.

¹⁰¹ *ibidem*, p. 56.

conflicto entre dos grupos, por ende, para acabar con la disputa, uno de estos grupos debería prevalecer sobre el otro, imponiéndose por la fuerza.¹⁰²

El concepto de lo político no es meramente simbólico, sino que adquiere sentido en cuanto se conceptualiza un tipo de hombre como aquel luchador eterno, abriéndole la posibilidad de matar al otro, por medio de la guerra surgida como el ideal más extremo e idóneo para resolver conflictos. Por lo tanto, los grupos agrupados que representan la mayoría deben de reconocer quien es el enemigo y en consecuencia, eliminarlo por todos los medios posibles, nada en la existencia puede salvarse de dicha guerra.¹⁰³

Como resultado de lo anterior, se produce la unidad política convirtiéndose en soberana cuando la mayoría toma decisiones sobre los amigos o los enemigos, de esta manera el concepto de soberano ya no es representación de la voluntad de la entidad estatal, sino la más pura expresión del interés individual que se apoya en el colectivo.¹⁰⁴ Esta unidad política amalgama a la sociedad y al Estado en un ente único, de tal forma que dicha alianza simbólica, produce la unión nacional. Esta figura de Estado y sociedad, no puede materializarse si existe un grupo o individuo que represente un obstáculo para la integración, por lo tanto, este fin permite suprimir a los enemigos, justificando todos los medios posibles para ello, como el exterminio, la desaparición o el destierro. Es así que, por medio de la guerra, se instituye un nuevo orden social, el cual tendrá que ser implementado en un nuevo texto constitucional que consagre privilegios al grupo vencedor. Por paradójico que parezca, la guerra desintegra la unidad política, pero a su vez, es un factor determinante de unión, una vez terminada esta.¹⁰⁵

Este pensamiento mórbido, producto de la primera guerra mundial, alzó a los regímenes totalitarios por toda Europa. El concepto amigo y enemigo de Schmitt, sumado a la concepción Kelseniana de democracia formal, permitió al nacional socialista, presentarse a elecciones, obteniendo una amplia mayoría en el Congreso, con la cual cambiaron las reglas del juego a favor de Hitler, lo que ayudó en gran medida, para establecer políticas racistas en contra de los judíos a quienes se les identificaba como el enemigo del pueblo alemán. Asimismo, expulsando y desterrando a los detractores liberales que estaban en favor de la República de Weimar, como el mismo Kelsen. Este trance fue potenciado y acelerado, debido a la crisis económica que sufrieron

¹⁰² *ibidem*, pp. 57-58.

¹⁰³ *ibidem*, pp. 63-66.

¹⁰⁴ *ibidem*, p. 70.

¹⁰⁵ *ibidem*, pp. 73-76.

los alemanes después de la primera guerra mundial, aunado a la ausencia de límites constitucionales que implicaba la integración de valores axiológicos inmersos en los derechos fundamentales y la división de poderes, los cuales no hallaron un mecanismo judicial para ser defendidos, debido a la ausencia de reconocimiento legal del juez, como controlador del poder. Esto, sin duda alguna, fue el caldo de cultivo perfecto para dar vida al horror de la segunda guerra mundial.

Para el filósofo Michael Foucault, el positivismo formalista carecía de una explicación suficiente para entender las mecánicas del poder y por ende, no tenía la posibilidad de explicar la antítesis amigo-enemigo.¹⁰⁶ Según Foucault, el poder debe ser entendido a partir de los operadores de dominación, enfocando el ejercicio individualizado del poder dentro de un determinado contexto. Esto permite exponer con claridad los métodos para la cooptación de las voluntades individuales a partir de la relación conceptual verdad / fuerza, mientras más fuerza de un movimiento político expresada en el número de miembros que lo componen, mayor veracidad de un argumento.¹⁰⁷ De esta manera, el operador de dominación puede crear una visión particular del mundo, donde prevalezca su verdad, manteniéndola por la fuerza mayoritaria, en contra del disenso.

Este autor señala que la génesis de este pensamiento y praxis, se encuentra en la mitología griega, donde los dioses se batían a muerte en contra de los titanes y solo un grupo debía prevalecer. Este enfoque de los contrarios adquirió fuerza en el medioevo, señalando la existencia de fuerzas antagónicas que lucharían hasta el fin de la historia, esperando a el salvador de este mundo. Es así que aparece en escena un personaje denominado como *Dux novus*, quien sería el actor principal de la historia y llevaría a los hombres a una época de grandes logros. Este protagonista sería encarnado por personajes como el *Duce* en Italia o el *Fuhrer* en Alemania, siendo estos los elegidos para ser los salvadores del pueblo de la desgracia que vivían, encendiendo el discurso a partir de la Nación.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Foucault, Michael, *Genealogía del racismo*, trad. de Alfredo Tzveibel, Argentina, editorial Altamira, 1996, p. 42.

¹⁰⁷ *idem*.

¹⁰⁸ "En el fondo, la dialéctica codifica la lucha, la guerra y los enfrentamientos dentro de una lógica (o pretendida lógica) de la contradicción: ella los reintegra en el doble proceso de totalización y actualización de una racionalidad conjuntamente final y fundamental, en todo caso, irreversible. En definitiva, la dialéctica asegura la constitución, a través de la historia, de un sujeto universal, de una verdad reconciliada, de un derecho en el cual todas las particularidades tendrán finalmente su lugar bien ordenado." *ibidem*, pp. 52-54.

Movimientos de tal naturaleza, solo podían ser mantenidos estableciendo un partido único, el cual fuera reconocido como el portador de la voz legítima del pueblo, materializando la lucha por la hegemonía política absoluta. Esto derivó en eliminación de la pluralidad democrática, apoyándose en la figura de un jefe máximo a quien se le habían otorgado facultades absolutas. El gobierno y la sociedad quedaron unidos por medio de un partido político, de tal manera que se establecieron jerarquías partidistas y que, a su vez, eran jerarquías de gobierno, quedando de la siguiente manera: El partido domina al Estado, los jefes dominan al partido, el secretariado domina a los jefes y el líder supremo domina al secretariado. Dicho movimiento no podría ser posible si no estuviera compuesto por individuos denominados como *Homo fascistus*, quienes dependen del partido en su totalidad y mantienen una subordinación absoluta a las órdenes del líder. De este tipo de individuos se esperaba que fueran creyentes sinceros, fieles seguidores del movimiento e indispensables sirvientes para la movilización social.¹⁰⁹

Este modelo fue resquebrajado y destruido después de la segunda guerra mundial, restableciendo la paz entre las naciones. Posterior a la segunda guerra mundial, los estudiosos del derecho se dieron cuenta del gran fracaso del sistema legalista, engendrado en la primera mitad del siglo veinte.

1.3 El sistema de separación de poderes en el constitucionalismo actual.

Para los países que sufrieron estos regímenes de terror, como Italia y Alemania, el sistema jurídico debía cambiar radicalmente, tras la guerra se dieron cuenta de dos cosas respecto del positivismo formalista. La primera era que los Estados totalitarios pueden servirse del principio de legalidad para legitimar cualquier arbitrariedad del poder y la segunda, que la vida moral no puede reducirse a solo fórmulas encasilladas en silogismos jurídicos.¹¹⁰

Para Bobbio, el problema no solo era la estructura que planteaba el positivismo formalista, sino, quienes sostenían este tipo de teorías, ya que solo se enfocaban en la descripción normativa, ocultando los fundamentos del derecho que dan lugar a la teoría jurídica. Este apego al formalismo derivaba del pensamiento hobbesiano, donde todos los individuos habían hecho un pacto que tomaba forma de norma y aquel sujeto que la violara, rompía lo que todos habían acordado, por

¹⁰⁹ Kogan N, "el fascismo como sistema político" en S. J Woolf (coomp), *La naturaleza del fascismo teoría y praxis*, trad. de Amparo García Burgos, México, Grijalbo, 1974, pp. 19–21.

¹¹⁰ Bobbio Norberto, *iusnaturalismo y iuspositivismo*, trad. de Elías Díaz, Ernesto Garzón Valdés, Andrea Greppi y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Editorial Trotta, 2015, pp. 33-34.

lo tanto, quien violase una norma, cometería el acto más injusto en contra de todos.¹¹¹ Estos formalistas, además, depositaron su confianza en las instituciones estatales y, por ende, no previeron la aparición de los regímenes totalitarios, descritos con anterioridad. A modo de que el cambio de enfoque con el que se pensaba el derecho debía cambiar desde la base o de lo contrario, se debía separar al Estado de su poder coercitivo.¹¹²

Se propusieron distintas soluciones al problema, pero solo destacaron algunas, debido al ingenio de algunos juristas que volvían a mirar al naturalismo, se abrió la posibilidad de refundar las bases jurídicas. De forma que el proceso Legislativo dejó de ser el único filtro para determinar si se debía o no considerarse válida una norma jurídica, a la par, se comenzó a considerar a los valores constitucionales como otra fuente de validez normativa. Por lo tanto, se previeron en conjunto dos tipos de criterio para determinar la validez de la ley, por un lado, el criterio formal derivado del acto Legislativo, por el otro, el criterio material de validez, referente a los principios constitucionales como eje rector de corrección del contenido normativo.¹¹³

La validez material, por ende, daría una nueva manera de entender a la Constitución y de interpretarla, marcando el primer control del poder del constitucionalismo actual, en límites axiológicos que permitieran valorar, permitir o rechazar, la actuación estatal.

Se aceptó que el derecho no era una ciencia normativa y que éste no debería limitarse a la dogmática. La dogmática es entendida como una metodología que busca la construcción del sistema jurídico con el fin de ordenar y clasificar el contenido normativo, por ejemplo, en una legislación civil se encuentran clasificados los tipos de bienes, los tipos de contratos, en materia penal, los tipos de delito, etc. La visión dogmática tiene sus fundamentos en la religión, específicamente en el rito católico, quienes ven al dogma como una verdad irrefutable que no ha de ser discutida ni debatida. Resultado de ello, se había creído que la norma era incuestionable y solo debía de contar con una función aplicativa.¹¹⁴

¹¹¹ Bobbio Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 12ª ed., trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Editorial Fontamara, 2012, p. 18.

¹¹² *Ibidem*, p. 34.

¹¹³ *Ibidem*, p. 35.

¹¹⁴ Atienza Manuel, "La dogmática jurídica como tecno-praxis", en Carbonell Sánchez, Miguel, Fix Fierro, Héctor, Valadés, Diego (comps.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, México, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2013, pp. 169–170.

Por el contrario, los autores que se habían decidido reformular la ciencia jurídica, determinaron que el derecho es una ciencia empírica y descriptiva, la cual solo puede ser conocida por medio de casos y que responde a la realidad. Como mencionaba Ronald Dworkin, “*La nueva declaración es requerida para una correcta percepción de los verdaderos fundamentos del derecho a pesar de que esto no haya sido reconocido antes e incluso hayan sido negados*”.¹¹⁵ Esta nueva ola de autores, reivindicó el papel del juez para determinar casos concretos, dándole la posibilidad de establecer nuevas reglas al caso concreto, sin necesariamente ser apéndice del legislador, esto llevó a rechazar la supremacía legislativa y la visión que había encasillado al juez como un simple aplicador mecánico de la norma, por ende, se había liberado del yugo de la formalidad legacentrista, a partir de su facultad interpretativa y argumentativa.

Lo mencionado con anterioridad, configuraría el segundo control del poder, por medio del cual, el juez tuvo la necesidad de utilizar nuevos métodos interpretativos con el fin de salvaguardar los derechos constitucionales, debido a ello, la labor judicial, imparcial, así como su independencia, se hicieron requisitos indispensables en esta nueva configuración estatal.¹¹⁶

Lo anteriormente escrito es un testimonio de que la nueva postura anti-formalista necesitó nuevos métodos interpretativos, por lo tanto, poco a poco comenzaron a prescindir de las operaciones lógicas aristotélicas presentes en el silogismo jurídico, así como de la interpretación sistemática de corte jerárquica, así como de las interpretaciones históricas, teleológicas, etc. Siendo las dos primeras, los únicos métodos aceptados para ser llevados a la práctica en los tribunales.

Por colocar un ejemplo, el silogismo encontraba su fundamento en una obra titulada, tratados de lógica (Órganon). Donde Aristóteles planteaba colocar una problemática, posterior a ella una proposición, de esta manera ambas posturas formarían una tesis que tendría que ser contravenida por una posición contraria, en sentido positivo o negativo, lo que daba por resultado la validez de la estructura lógica.¹¹⁷

Las reacciones anti-formalistas comenzaron a surgir con fuerza y el enfrentamiento contra las viejas posturas del derecho no se hizo esperar, para 1949, Hans Kelsen volvería a refundar su teoría con los mismos errores del pasado que habían dado pie a una segunda guerra mundial. Esta

¹¹⁵ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Editorial Gedisa, 1988, p. 18.

¹¹⁶ Bobbio Norberto, *iusnaturalismo y iuspositivismo*, cit., pp. 42-43.

¹¹⁷ Aristóteles, *Tratados de Lógica*, trad. de Miguel Candel Sanmartín, Madrid, Editorial Gredos, 1982, pp.83-84.

vez, Kelsen atacaba a los conceptos de justicia, así como la labor del juez en su libre interpretación, retomando la postura legalista, y un desprecio contra el naturalismo que era palpable, al punto de llamarlo conjunto de fórmulas vacías.¹¹⁸ Dicho criterio sigue vigente en el sistema de aprendizaje jurídico mexicano, donde no se ha reconocido la importancia de integrar los principios de derecho natural a la estructura positivista.

Por ende, el corolario interpretativo no solo había aumentado, sino que el reto había crecido, ¿Cómo conservar la posición del juez en este nuevo paradigma constitucional?, la respuesta se encontraba en las garantías institucionales y personales que debe poseer cualquier juez, estas garantías además, se habían concebido como principios institucionales los cuales permiten el buen funcionamiento del Estado Constitucional, estos principios son : La inamovilidad del Juez, la intransferibilidad y la independencia judicial tanto interna como externa.¹¹⁹

En este nuevo sistema que proponía un reajuste en la división del poder y su control, colocó al poder Legislativo de una manera más plural, los representantes ya no eran la encarnación mayoritaria utilitarista, ni mucho menos representaban el concepto de lo político, sino que había desarrollado sus facultades en el constitucionalismo moderno, de manera tal, que pudiera representar la diversidad del pueblo.

Asimismo, el cuerpo Legislativo no solo legislaría, sino que además cumpliría con algunas funciones no estatales, ya que en estricto sentido la representación tiene un trasfondo de carácter sociológico dentro del ámbito social y político en el que desarrolla su actividad, de esta manera, el pueblo comienza a verse como el conjunto de todas las voces. El poder Legislativo, por ende, se concibe como un espacio público de debate, el cual sirve para comunicar y plantear posibles soluciones a graves problemáticas sociales que sufren algunos grupos minoritarios, dotándolos de voz pública ante la indiferencia de la población o las instituciones de gobierno. Asimismo, la estructura partidista de la que se compone el cuerpo Legislativo, dota al Estado de las facultades necesarias para establecer, por medio de órganos independientes y autónomos, límites de poder a los partidos políticos.¹²⁰

¹¹⁸ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y el Estado*, 2ª ed., trad.de Eduardo García Máynez, México, Textos Universitarios UNAM, 1979, pp. 6-11

¹¹⁹ Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, 2ª ed., trad. de Héctor Fix Fierro, México, IJ UNAM, 2016, pp. 210 – 211.

¹²⁰ *ibidem*, pp. 201-202.

De forma tal que, el poder Legislativo se ha pluralizado y se ha sectorizado, esta división se debe a que cada grupo parlamentario crea leyes a la medida de los individuos, dependiendo de sus necesidades las cuales son cambiantes con el tiempo. Por ende, la concepción de la voluntad mayoritaria debe ser dejada de lado y se debe buscar un espacio de representación para los grupos minoritarios.¹²¹ En pocas palabras, se ha reconocido la existencia de una sociedad civil con necesidades particulares y en este pluralismo se ha cimentado las bases de nuevos sistemas democráticos, que reconocen la separación de la sociedad y el Estado, siendo este último, el subordinado y no el ente mandante.

Además del control estatal, los legisladores se han subordinado a la misma Constitución, limitando su labor creativa, la cual encontrará un tope con los derechos humanos reconocidos en la Constitución, así como en los principios institucionales. En caso de que el legislador realice un acto contrario a estos límites sustantivos, siempre encontrará oposición a su actuar, por parte del juez constitucional, quien inaplicará o declarará inconstitucional la ley. Por ende, el legalismo se ha quedado atrás como control férreo de poder, añadiendo un esquema que busca constitucionalizar el actuar del Estado, así como racionalizar, lo que debe o no, estar permitido.¹²²

En la actualidad, se ha comenzado poco a poco a eliminar el principio de estricta legalidad, presente en la relación entre ciudadano y la administración. En este sentido, el legislador ha dejado de demarcar por vía de la ley, las facultades de la administración pública, el cual es rasgo fundamental del positivismo formal. Ahora esta sujeción es mera ilusión, debido a que los órganos administrativos han comenzado a actuar conforme su propia lógica y conforme a sus propios objetivos específicos, donde la autonomía es el elemento más importante y que a partir de ella, han llevado a cabo sus deberes y obligaciones constitucionales con el fin de garantizar derechos a través de la política pública, como la salud, la educación, y hasta la democracia.¹²³ Por ende, correcto decir que la ley se ha reducido a solo determinar competencias y facultades de la administración, sin legislar todos los supuestos en los que un órgano administrativo puede actuar. En consecuencia, la administración pública también se encuentra limitada para ejercer sus facultades de manera autónoma, sobre todo en la promulgación de sanciones o requisitos que no sean objetivos en conformidad de la Constitución.

¹²¹ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 37.

¹²² *ibidem*, p. 151.

¹²³ *ibidem*, pp. 34–35.

Esto ha permitido al constitucionalismo moderno, limitar el poder a partir de la democracia, entendida no solo desde su vertiente formal y representativa, sino también, desde la democracia constitucional cimentada en la función constitucional del juez como protector de derechos humanos y los principios institucionales.

La democracia constitucional ha sido muy importante para el desarrollo y construcción del Estado constitucional de derecho, esto debido a la necesidad de controlar los actos de las mayorías que escapan al control del mismo legislador, debido a que son el órgano que representa políticamente a estas masas.

De igual manera, el derecho a la igualdad ha tomado un papel protagónico en este concepto de democracia, ya que es considerada la base necesaria para que los individuos puedan participar en la esfera pública de sus comunidades, garantizando un campo parejo para el desarrollo de su plan de vida, así como la satisfacción de sus necesidades primarias, lo que le permite al ciudadano comenzar a preocuparse por las cuestiones públicas.¹²⁴ Aunado a lo anterior, John Rawls mencionó que el procedimiento político debe de estar limitado y establecido por la Constitución, para ello, se debe de proponer un nuevo sistema político donde el ciudadano promedio pueda identificar que actos ejecutados por la autoridad y las mayorías, pueden estar permitidos y cuáles deben excluirse. El ciudadano se convierte en el actor principal de esta sociedad democrática, expresando, demandando y defendiendo sus necesidades conforme los principios que la Constitución otorga.¹²⁵

Por lo tanto, la democracia constitucional se presenta como un candidato apto para el control del poder de otros poderes estatales, así como para el control de las masas. Ya que, por medio de la actividad judicial, presente en el control de constitucionalidad de la ley, puede advertirse de un contenido normativo injusto e implicarlos para el caso concreto o en casos específicos, expulsarlo del ordenamiento jurídico.

En un segundo término, la democracia constitucional se convierte en una garantía de la igualdad. Tanto de la igualdad política, la cual se identifica con derechos individuales que tiene su fundamento en la libertad, tales como; la libertad de expresión, de asociación, de imprenta, etc. Como de la igualdad equitativa, la cual busca una igualdad de oportunidades y condiciones de

¹²⁴ Ferreres Comella, Víctor, "El control de la constitucionalidad de la ley", en Leonardo García Jaramillo y Miguel Carbonell (comps.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Editorial Trotta, 2010, p.358.

¹²⁵ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 2ª ed., México, Fondo de cultura económica, 1995, pp. 187-188.

vida.¹²⁶ De esta manera, la sociedad organizada puede limitar la influencia de los poderosos y ricos, quienes usan sus ventajas para sobreponerse ante los derechos de los demás, como puede ser el caso de la clase obrera o las mujeres, las cuales tienen una desventaja respecto del hombre, debido al tipo de sociedad machista en la que vivimos, que permea, permite y alienta, la desigualdad de condiciones por condiciones de género, así como la violencia social e institucional.¹²⁷

Así pues, el juez constitucional es un actor clave para la solución de estos conflictos históricos, ya que deben remitirse a las cláusulas constitucionales que protegen derechos, debido a que están obligados a resguardar el texto constitucional. A partir de casos concretos que son llevados a la tribuna judicial, los jueces protegen a los grupos más débiles que, por lo general, suelen ser grupos con características específicas que requieren de una respuesta individualizada en la medida de su condición.

Esta también se ha convertido en una vía de escape para las tensiones políticas entre grupos, de tal modo que al existir un árbitro en la decisión respecto de si le asiste o no un derecho a determinado grupo, como podría ser el caso del aborto, se evita el confrontamiento social. Como bien cuestiona Dworkin, ¿A caso podría una mayoría determinar lo mejor para una mujer la cual ha tomado la decisión de abortar?, o por el otro lado, ¿La decisión de la mujer debe ser respetada y garantizada por un árbitro que haya determinado que se tiene un derecho basándose en las cláusulas constitucionales?¹²⁸

Aquí es donde encontramos el gran reto del control del poder, el cual no solo se encuentra inmerso en los poderes clásicos que dan estatalidad al Estado, sino también en analizar y corregir las dinámicas sociales injustas. Por ende, tal control debe ir más allá, corrigiendo y racionalizando el trato de individuo hacia otro. Para autores como Luigi Ferrajoli,¹²⁹ este tipo de poder es considerado extra legal, si bien no está regulado, ni reconocido, si es practicado, produciendo focos de violencia que habitan en la estructura social, como puede ser la normalización de la explotación laboral, la violencia de género, la discriminación racial y étnica, etc.

¹²⁶ *ibidem*, pp. 190- 191.

¹²⁷ Dworkin, Ronald, "Igualdad, democracia y Constitución", en Leonardo García Jaramillo y Miguel Carbonell (comps.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Editorial Trotta, 2010, pp. 130- 131.

¹²⁸ *ibidem*, pp. 145-149.

¹²⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, 7ª ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Editorial Trotta, 2005, pp.931-932.

Ferrajoli es más preciso, mencionando que el poder extra legal está dividido en dos, un micro poder y un macro poder. Respecto del primero debe ser concebido como aquel que resulta de las relaciones que dan vida a los derechos y deberes, pero que a su vez representan una sujeción extrajurídica de un individuo a otro,¹³⁰ estos micro poderes se desarrollan en dos potestades.

La primera, representa a las instituciones sociales que pueden o no, estar reguladas en alguna norma, como puede ser la familia, la Universidad, los hospitales, los cuarteles militares, etc, un sinnúmero de figuras en las cuales ciertos individuos pueden ejercer el poder a través de relaciones de subordinación institucional. La segunda, versa sobre una relación atípica del poder, centrada en las relaciones de subordinación personal, que permite a una de las partes someter a la otra a través de la violencia, muchas veces normalizada y permitida. Por poner algunos ejemplos, la violencia que se ejerce en una relación de pareja, una relación de dependencia económica, la relación filial, las dependencias clientelares de cualquier partido político. La primera potestad determina la desigualdad de carácter formal precedida en una figura que se relaciona con el control estatal o institucional, la segunda potestad produce una desigualdad sustancial en las relaciones sociales.¹³¹

Por otro lado, el macro poder es muy distinto, este nace de la criminalidad estatal y está ligado a las violaciones de derechos fundamentales por parte de los agentes del Estado, como las fuerzas armadas, los cuerpos policíacos; dichas instituciones ponen en peligro la vida de la persona, por medio de la tortura, o cometen delitos de lesa humanidad como las masacres o las desapariciones forzadas.

Esta criminalidad puede ser de dos tipos, una interna y otra externa. La primera, se expresa cuando existe una violación grave de derechos humanos por parte de los agentes estatales, dentro del territorio de determinado país, los culpables, por ende, deben ser enjuiciados por el derecho interno, remitiéndose al derecho penal o administrativo, lamentablemente, muchos de estos ordenamientos son ineficaces en la práctica y permiten un alto índice de impunidad.¹³² Por lo tanto, la ausencia de un recurso judicial efectivo, obligan a las personas a recurrir a los órganos Supra – nacionales, los cuales juegan un rol fundamental, por ejemplo, los tratados internacionales

¹³⁰ *ibidem*, p. 933.

¹³¹ *ibidem*, pp.933-936.

¹³² *ibidem*, pp. 936-937.

como la Convención Americana de Derechos Humanos e instituciones garantes de derechos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La otra criminalidad referida por Ferrajoli, es la externa o internacional, de la cual los Estados son partícipes al ser los causantes de conflictos bélicos que tienden a provocar guerras a gran escala. Para el profesor italiano, el problema fundamental es la antigua visión que estos Estados han construido de sí mismos, viéndose como la personificación de un gran ente que puede imponer su voluntad a través de su soberanía nacional, de esta manera, sus habitantes pasan a ser herramientas para lograr sus fines.¹³³

Por último, Luigi Ferrajoli teorizó otro tipo de poder extralegal que escapa a los anteriores y es derivado de la crisis de la democracia formal en los actuales Estados de derecho, a su parecer han resurgido los principios del totalitarismo en todo el mundo. El jurista italiano realizó un estudio respectivo de los fenómenos políticos en Italia, observando la existencia de una degradación institucional de los partidos políticos de su país, sobretodo hace paréntesis en la decadencia de la derecha italiana, la cual ha dado los inicios de un nuevo fenómeno político que representa un peligro para la construcción del Estado constitucional de derecho.¹³⁴ Este gran mal es denominado como populismo, este movimiento tiene por base a la figura del caudillo, lo que es entendible en países como Italia que han sufrido regímenes como el fascismo representado por Benito Mussolini. Sin embargo, este nuevo movimiento es muy distinto, ya que presenta algunas características particulares, por ejemplo, el acoplamiento a la democracia y el uso del discurso como medio para justificar cualquier acción de gobierno.

De tal manera, el caudillo retoma de nuevo el concepto amigo/ enemigo y lo disfraza en un discurso sutil, por ende, existe un culto al jefe de partido y sus seguidores suelen conferirle una identidad patriótica o histórica, en cambio, el verdadero fin del caudillo no es mejorar las condiciones de sus seguidores, lo que realmente busca es la concentración absoluta del poder que le permita crear un contexto donde impere la unidad política, alrededor de su persona, excluyendo a movimientos de oposición o facciones distintas a él.

El objetivo de este tipo de movimientos políticos es claro, se ha de dividir a la población en valores escenificados que giren alrededor del líder supremo, quien suele introducir miedo a la población por vía de los medios de comunicación, lo cuales juega un papel muy importante en

¹³³ *ibidem*, p. 938.

¹³⁴ Ferrajoli, Luigi, *Los poderes salvajes*, cit., p. 67.

esta dinámica de poder, de esta manera, pueden fabricarse enemigos imaginarios, conspiraciones secretas, que al final del día suelen materializarse en normas restrictivas que criminalizan a ciertos grupos minoritarios.¹³⁵ El ejemplo italiano que da Ferrajoli es la ley 94/2009, donde se impuso pena de cárcel a quien migrara a Italia y no acreditara su legal residencia en dicho país. En este caso, el enemigo colocado en el discurso es el migrante africano que busca escapar de la pobreza vivida en su continente.¹³⁶

Este tipo de hechos son nocivos para las democracias, convirtiéndose en un peligro para la protección de los derechos y los principios constitucionales, los cuales siempre están en peligro de ser violados por los populistas, esto aunado a la deseducación masiva, la exaltación de la vulgaridad, el culto a lo ordinario, la ignorancia, el machismo y la creencia de que el populismo representa un movimiento anticultural y contrapuesto a las viejas aristocracias, son el motivo por el cual mantienen el poder. Sin embargo, necesitan reproducir este tipo de valores anti democráticos por distintos canales de comunicación, esto les permite mantener una audiencia adoctrinada que sirve como incentivo para mantener latentes los impulsos más bajos del electorado.¹³⁷ Asimismo, se ha de mencionar que el poder comunicativo carece de límites reales de poder, lo que permite al líder del movimiento populista difamar a sus enemigos, golpear a los grupos minoritarios, disponer de políticas públicas que no conlleven parámetros constitucionales, hacer de la arbitrariedad el pan de cada día en la vida nacional de un Estado.

Ferrajoli propone cinco remedios para solucionar esta problemática, lo que significa nuevos bosquejos de controles del poder atípico que se ha recrudecido en lo que va del siglo XXI; entre ellos podemos encontrar el cambio de sistema electoral, la exclusión del conflicto de intereses, la reformulación de la división de poderes desde la interpretación garantista, la democratización de la elección interna en los partidos políticos y una reforma estructural de la información.¹³⁸

Respecto del primer punto, Ferrajoli hace énfasis en la necesidad de impulsar una reforma político electoral, la cual esté basada en un sistema proporcional, la cual busque aminorar la voluntad directa de la representación popular, es decir, que se otorguen ciertos escaños sin necesidad de ser votados, siendo estos elegidos para defender los intereses de los grupos

¹³⁵ *ibidem*, p. 66.

¹³⁶ *ibidem*, p. 69.

¹³⁷ *ibidem*, p. 72.

¹³⁸ *ibidem*, pp. 87-107.

minoritarios, buscando limar asperezas presentes en la división social. Sumado a lo anterior, el autor pone en relevancia la necesidad de prohibir que un jefe de partido o de coalición se presente a las elecciones, esto debido a que los partidos ya no representan los intereses de la sociedad, sino la imagen de un individuo que ha decidido presentarse a la esfera pública en defensa de sus propios deseos e intereses.

Respecto del segundo punto, Ferrajoli prevé dos maneras en las cuales se puede excluir el conflicto de intereses. La primera, versa en enfatizar la necesidad de separar al poder político del poder económico, creando un sistema que haga incompatible estos dos poderes y el cual cuente con la capacidad suficiente para sancionar y limitar los intereses privados por sobre los públicos, un buen ejemplo podría ser la eliminación de la adjudicación directa y la falta de transparencia entre el ente privado y el público. La segunda, gira en torno a colocar nuevos límites a los partidos políticos en conjunto a la administración pública, ya que debe de prohibirse que un militante de un partido político pueda acceder a un cargo público. De tal forma, se asegura un estatus de profesionalidad en la administración pública, excluyendo los intereses partidistas de poder medio.

Respecto del tercer punto, Ferrajoli propone que se debe reformular el principio clásico de separación de poderes, he aquí donde la democracia constitucional toma forma. Por ende, los poderes públicos deben de estar divididos en dos grupos; el primero, presente en los poderes representativos, como el poder Legislativo y el Ejecutivo, aquí es donde ejercen actos de representación política que toman forma de ley o decreto.

Mientras tanto, el segundo grupo representa a los garantes de los derechos, por lo tanto, no su legitimación no se funda en el agrado de las mayorías, sino en la razonabilidad y objetividad de sus argumentos. Este grupo está conformado por dos poderes, el judicial y parte del Ejecutivo, los cuales ejercen un control judicial al analizar casos concretos, siempre y cuando, utilicen a la Constitución como base de su legitimidad, fijando una esfera entre los que es decidible y lo que no lo es.

Respecto del cuarto punto, Ferrajoli busca que los procedimientos internos de los partidos políticos estén al alcance de todos sus militantes y que cada uno pueda opinar de lo que pasa en su partido, la democracia interna de dicho organismo debe ser el pilar para el común acuerdo. El resultado es claro, la inmersión del cuerpo social en la democracia por medio de su participación debe eliminar a las aristocracias partidistas que siempre han sido un obstáculo en la vida democrática de los países.

Respecto del quinto y último punto, Ferrajoli propone limitar el poder en los medios de comunicación, ya que existe una degeneración de la información a partir del control político, así como el control que ejercen los propietarios de los medios masivos de comunicación, quienes deciden transmitir información parcial o sesgada. Por ello, debe existir la separación entre poder mediático y el poder público. En un segundo término, crear un control férreo de los monopolios de los medios de comunicación que permita una participación más democrática en la propiedad de dichos medios, encontrando más variedad de opiniones e información para que las personas puedan hacerse de un criterio más amplio. Este límite de la propiedad debe hacerse por medio de la ley la cual debe prohibir a un propietario adquirir más de un medio masivo de información y con ello se formularía una verdadera garantía al derecho de la información.

1.4 El Estado constitucional de derecho: origen y finalidad.

Siguiendo las líneas anteriores, ya se ha descrito el nacimiento del nuevo constitucionalismo desde su origen histórico, partiendo de las nuevas formulaciones de la teoría estatal y de la crítica severa al positivismo formal en Italia. El renacimiento jurídico parte de Europa y poco a poco se extendió a otras partes de mundo, lo que implicó una revisión de toda la cultura jurídica occidental, que hasta ese momento había tomado lugar en las Facultades de derecho

Específicamente llama la atención, la necesidad de legitimar un nuevo sistema desde la teoría política; uno de los autores que más influyó en la construcción filosófica de estas conjeturas, fue Ronald Dworkin quien siguiendo a autores como Lon Fuller y John Rawls, pudo refundar la teoría jurídica norteamericana, para Dworkin existían tres tipos de teoría política que describían los sistemas políticos de aquella época.¹³⁹

La primera está basada en objetivos; representando a las sociedades homogéneas que han alcanzado la unidad política, respondiendo a un interés general de la mayoría, lo que les permite plasmar un objetivo específico a cumplir, este puede ser variado, como, por ejemplo; la grandeza de la nación, la reactivación de la economía o la guerra. Este sistema, por lo tanto, no admite la pluralidad en la composición social y es normal ver este tipo de teoría en Estados fascistas que persiguen la imposición de intereses partidistas, apoyados por la población en general que buscan llevar a la práctica visiones utilitaristas que colocan al bien común por encima de los individuos.

¹³⁹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., pp. 261-268.

La segunda, está basada en deberes; teoría que tiene su fundamento en la imposición de estándares de conducta prescritos en una regla que a su vez conforman códigos de conducta que el individuo debe de seguir al pie de la letra, que de lo contrario se le considera como corrupto y debe de ser castigado. Como pueden ser las sociedades liberales burguesas que buscaron en la codificación una alternativa a los regímenes monárquicos.

La tercera teoría está enfocada en la independencia individual de la persona que, a su vez, le da valor a su pensamiento y acción. Por ende, se debe de respetar la esfera individual de los sujetos, lo que conlleva a trasladar la teoría política en un entendido de derechos, los cuales no deben ser productos de legislación alguna o de algún contrato hipotético, los derechos provienen del derecho natural y parten de la necesidad de protección de los individuos para que no sean subordinados a poder externos a ellos mismos. Estos derechos son fundamentales cuando se usan para juzgar a la legislación, así como a las costumbres sociales, teniendo un poder unificador de todo el sistema jurídico y político.

Lo anterior colocó una nueva manera de concebir a la Constitución, la cual adquirió un valor supremo, al contener dichos principios fundamentales, por ende, la Constitución es suprema por los valores que enmarca independientemente de si concibe o no la norma fundadora de otras normas, como es el caso de la jerarquía normativa europea. De esta manera se derivan cartas de derechos como la *Bill of rights*.¹⁴⁰ Por ende, este sistema político es en gran medida un Estado constitucional de derecho.

Mientras tanto, la Europa continental también tuvo sus propios avances teóricos en esta conceptualización del Estado constitucional de derecho ,de tal forma que comenzaron a surgir nuevas posturas como la de Paolo Comanducci, quien teorizó un modelo teórico cimentado en derechos constitucionales, al cual llamó “*Modelo axiológico de Constitución como norma*”.¹⁴¹ Comanducci marcó ciertas características para este modelo, las cuales son base para la construcción del Estado constitucional de derecho.¹⁴²

La primera característica, coloca a la Constitución como el vértice de la jerarquía normativa por una cuestión axiológica, por lo tanto, toda legislación debe estar conforme a los

¹⁴⁰ *ibidem*, p. 211.

¹⁴¹ Comanducci, Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en Carbonell Miguel (coomp.), *Teoría de la Constitución ensayos escogidos*, México, Porrúa, 2016, p. 136.

¹⁴² *ibidem*, pp. 136–137.

valores emanados de la Constitución, al igual que el modelo de Dworkin, Comanducci se separa de la idea de la norma que fundamenta a otras normas. Lo anterior va concatenado con la segunda característica, ya que una Constitución llena de valores, permite realizar interpretaciones extensas con independencia de una descripción detallada de estos, así mismo, se reconoce la existencia de reglas que imponen que algo debe hacerse de manera específica en conjunto de los principios anteriormente mencionados.

La tercera característica es la democracia constitucional, considerada el pilar fundamental para formar la esfera de lo que es decidible y lo que no es decidible, imponiendo un límite a las mayorías. La cuarta característica, coloca a la Constitución como una especie de puente entre la moral y el derecho, por el hecho de que todo principio proviene de una moralidad crítica de corte política, la cual es positivizada mediante una norma.

Por último, la quinta característica hace hincapié en las distintas maneras de interpretar el texto constitucional, ya no es la interpretación derivada de la subsunción o el silogismo los únicos métodos, sino que, ante la presencia de principios, se ha replanteado un incremento de técnicas interpretativas a partir de lo anteriormente mencionado. Con el fin de racionalizar todos los actos de la autoridad, así como las prácticas sociales a partir de los principios constitucionales que nos son propios.

Cabe mencionar que el Estado constitucional de derecho busca crear un tipo de cultura jurídica que deberá estar presente en la educación elemental, la aplicación del derecho, la teoría jurídica y la pedagogía universitaria. Sin verdaderos profesionales que realicen la tarea de interpretar la Constitución, difícilmente podrán llevar a cabo el Estado constitucional de derecho.¹⁴³

Para terminar este apartado, solo queda mencionar que el objetivo del Estado constitucional de derecho es el propio ser humano y sus derechos, por ello es que el reforzamiento normativo de la constitución es esencial, buscando que se garanticen tales derechos que han sido previamente reconocidos en el texto constitucional o en los instrumentos internacionales.¹⁴⁴

¹⁴³ Aragón, Manuel, "La Constitución como paradigma", en Carbonell Miguel (comp), *Teoría de la Constitución ensayos escogidos*, México, Porrúa, 2016, pp. 118 -119.

¹⁴⁴ Cárdenas Gracia, Jaime, *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*, México, IJ UNAM, 2017, p. 105 -106.

1.5 El nuevo modelo de Estado constitucional.

Por consiguiente, el nuevo modelo de Estado, trae consigo innovaciones teóricas. Primeramente, se aleja del Estado legacentrista y deja de lado posturas positivistas, para abanderar a los principios constitucionales y diferenciarlas de otros instrumentos jurídicos, ya que de no hacerlo no podría entenderse, como bien observa Prieto Sanchís, quien menciona los siguiente; *”Cabe preguntarse en qué medida la justicia constitucional responde a una tradición Ius naturalista, o desde que perspectiva, hasta qué punto el positivismo resulta incompatible con dicha institución.”*¹⁴⁵ Para dicho autor, la justicia constitucional puede ser conceptualizada como el control de la ley con base en el derecho natural, el cual sirve para limitar el contenido normativo.¹⁴⁶ Nace así, la necesidad de desechar la obediencia ciega a la autoridad del poder constituyente y trasladar los postulados del naturalismo crítico hacia la Constitución, dando como resultado *“una teoría conforme a una moral crítica con un fuerte sentido del deber ser que se compacta en obligaciones estatales de corte moral.”*¹⁴⁷

De esta manera, la justicia constitucional busca limitar el poder desde una perspectiva distinta a las clásicas teorías de la voluntad popular, a partir de dos postulados Sanchís puede conceptualizar este tipo de justicia, por un lado está la finalidad de que todo poder debe de estar limitado, y por el otro, la manera en que este debe estar limitado judicialmente en cuanto a un caso concreto con un trasfondo interpretativo respecto de un derecho.”¹⁴⁸

Para la materialización de estos dos postulados es importante tomar en consideración a la interpretación judicial, la cual surge con fuerza dentro de la época actual, por lo tanto, el juez está obligado a utilizar distintas técnicas interpretativas con base en la argumentación jurídica, ya que la naturaleza del derecho, reside en un acto de conocimiento y no de voluntad, eso es lo que separa la arbitrariedad del razonamiento.¹⁴⁹ Es por ello que un juez siempre ha de legitimar sus actuaciones en el razonamiento argumentativo, de lo contrario, podríamos estar ante un juez subjetivo quien podría utilizar su visión personal para decidir, lo cual sería contrario a un Estado

¹⁴⁵ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 93.

¹⁴⁶ *idem*.

¹⁴⁷ *ibidem*, p.94.

¹⁴⁸ *ibidem*, p.95.

¹⁴⁹ *ibidem*, p.97.

Constitucional de derecho, por ello el juez debe exponer sus argumentos con base en la Constitución.

Dentro del espectro académico, ha comenzado un amplio interés por reformular las viejas teorías jurídicas, siendo este el principio del fin para la concepción legacentrista del derecho y el Estado. Estas teorías contrarían al positivismo en muchos sentidos, la teoría que comenzó con todo este cambio de pensamiento, fue la teoría de Ronald Dworkin, la cual se centra en resaltar la existencia de una moralidad institucional que se desprende del texto constitucional y es adoptado de distintas maneras por una sociedad determinada, que resuelve sus problemas sobre el significado de determinados valores políticos en instancias judiciales, por ende, dicha moral política siempre está en disputa y construcción. Para Dworkin no cualquiera puede resolver este tipo de casos, sino que debe de conocerlos un determinado juez, especializado en la materia, consiente, empático, donde sus decisiones siempre sean las correctas, tal juez fue llamado “*Hércules*”, el cual representa un ideal a seguir para quienes se dedican a la materia judicial. Con posterioridad, aparecerían teorías tales como la de Robert Alexy,¹⁵⁰ la cual buscó un equilibrio dentro de la argumentación jurídica, caracterizada por el uso de la razón práctica como medio para la racionalización de los principios constitucionales, diferenciándose con Dworkin en elementos muy puntuales, como la aplicación del todo o nada, derivada de la concepción de principio y regla, como será abordado en las siguientes páginas.

1.5.1 Reconocimiento de principios constitucionales, reglas y directrices.

La separación teórica con el positivismo formal, llevó a varios autores a replantearse las herramientas interpretativas que dispone un juez al momento de conocer un caso el cual conlleve un fuerte contenido de moral política, la cual suele escapar de las descripciones precisas de las reglas. Para ello, Dworkin se planteó estudiar a fondo ciertos casos que presentan tales características, como el caso *Riggs v. palmer* y el caso *Hennigsen v. Bloomfield motors*.¹⁵¹

Los hechos de primer caso versaron sobre si un heredero podía tener parte de una herencia, aunque este hubiera asesinado a su abuelo para obtenerla, si la norma civil se interpretaba literalmente, entonces *Riggs* tendría derecho a la herencia, ya que dentro de dicha norma no contemplaba la posibilidad de un asesinato de esta naturaleza. El tribunal resolvió que toda actividad regulada, debía ceñirse a máximas fundamentales y generales, esto es una referencia

¹⁵⁰ *ibidem*, p.98.

¹⁵¹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., p. 73.

clara al apego de los principios de moralidad política. Dworkin citó al tribunal que conoció del caso, respecto de esta fundamentación de principios, “*a nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad sobre su propio crimen.*”¹⁵² De ahí que podamos concluir que para la resolución de este caso se usó un fundamento axiológico en vez de un fundamento de legalidad, que aclaró el por qué no le asistió el derecho al heredero. Nótese que los principios de moralidad no son pensados a través de una ley, estos aparecen en los hechos del caso y eso obliga a realizar una interpretación sobre lo que debe estar permitido o no debe serlo.

Los hechos del caso Hennigsen fueron muy distintos, el actor había comprado un auto por el cual había firmado un contrato, en este contrato existía una cláusula que establecía una responsabilidad de reparación por partes defectuosas que llegaran a tener los autos, el auto de Hennigsen salió defectuoso y terminó con un accidente, donde resultaron lesionadas varias personas. El actor demandó al fabricante de autos para que pagara el daño que había causado el auto defectuoso. El tribunal se vio inmerso en un dilema, ya que el contrato no estipulaba nada respecto de accidente o posibles personas accidentadas, es entonces que se decidió que las empresas automotrices debían tener estándares muy específicos en el pago de daños y perjuicios que pudieran darse derivado de un accidente automovilístico.

Estos dos casos presentan una interpretación única. En el primero de ellos, los jueces utilizaron un principio moral, el cual disponía que nadie puede beneficiarse de un acto ilícito. En el segundo, se estipuló la utilización de un nuevo principio, el cual obligó a los productores de automóviles a establecer estándares de calidad, separándose de las interpretaciones literales de la regla, que permitían dar libertad contractual a las partes sin responsabilizarse de los productos que vendían.

Es así como se divisan tres tipos de estándares específicos que deben de existir en cualquier interpretación, sobre todo en los casos difíciles. Los cuales deben ser entendidos como conflictos litigiosos que requieren un análisis más allá de la subsunción de la norma jurídica, colocando al juez como autoridad competente para ir más allá de la descripción textual de esta, derivado del contenido axiológico que representan los hechos narrados en contraposición de la norma.

¹⁵² *Riggs v. Palmer*, 22 N.E. 190, 511. Disponible en : http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm

Por lo tanto, se han de mencionar la existencia de tres estándares, que conforman los ordenamientos jurídicos actuales, estos son; principios, directrices y reglas.

A) Principio:

Es un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social, sino porque es una exigencia de justicia.¹⁵³ Los argumentos de principio sustentan una decisión política, demostrando que tal decisión justifica algún derecho individual o los derechos de un determinado grupo, como por ejemplo: decidir sí un grupo específico tiene los mismos derechos que los demás o se han de adoptar algunas medidas específicas para protegerlos.¹⁵⁴

Los jueces constitucionales siempre justifican su actuar en principios, aun cuando se individualiza una petición colectiva derivada de una directriz política, por ejemplo, cuando alguien solicita un determinado subsidio que el Estado haya otorgado, como parte de una política pública.¹⁵⁵

Años posteriores, Robert Alexy centraría la idea de los principios hacia una descripción genérica, ya que muchas veces, no se encuentran materialmente en alguna decisión gubernamental o en alguna ley, es por ello que el único contenedor de dichos principios solo puede ser la Constitución.¹⁵⁶ Se puede decir que los principios para Alexy son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida dentro de las posibilidades jurídicas.¹⁵⁷

Dentro de los estudiosos que apoyan la idea de la existencia de los principios, también se encuentra Juan Ruiz Manero, quien piensa que los principios como expresiones de valores superiores, dentro de un determinado texto legal.¹⁵⁸ Para Manero, los principios deben de presentar dos características esenciales, primeramente, el principio debe estar estipulado en la generalidad y en un segundo término, deben ser vagos y no determinables. Algunos de ellos pueden ser explícitos, ya que son enmarcados de manera clara en la Constitución, otros son implícitos, ya que son extraídos por vía interpretativa. Cabe mencionar que los principios

¹⁵³ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., p.72.

¹⁵⁴ *ibidem*, p.148.

¹⁵⁵ *ibidem*, p.149.

¹⁵⁶ Alexy, Robert, *teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1993, p. 103.

¹⁵⁷ *ibidem*, p. 86.

¹⁵⁸ Ruiz Manero Juan, "Principios jurídicos", en Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (comps.), *El derecho y la justicia*, 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 152

formulan una configuración abierta de un supuesto de hecho y una configuración cerrada, respecto a los valores permitidos para realizar una interpretación, ya que estos deben ser deontológicamente correctos, esto quiere decir que un principio no puede tomar como base un valor contrario a los derechos, aunque esté estipulado en una norma.

B) Regla

Para Dworkin, la regla al igual que el principio, es un estándar. La diferencia radica en que la regla se aplica de manera disyuntiva, por lo tanto, solo puede aplicarse si la conducta o hecho encuadra con los descrito en la disposición normativa y si es aplicable, entonces es válida. En resumen, la regla es la descripción de alguna acción derivada de un enunciado preciso, que escapa a la generalidad y se refugia en la especificidad.¹⁵⁹

Para Alexy, la regla presenta características específicas, la primera de estas reside en que la descripción normativa, la cual ordena algo muy específico de hacer, además contiene una determinación de posibilidades jurídicas bien delimitadas.¹⁶⁰

Para Ruiz Manero, la regla es la configuración cerrada de un supuesto de hecho y así también cerrada en cuanto una fórmula deóntica de solución, la regla entonces describe una conducta determinada que se satisface con un hecho determinado, el cual solo puede realizarse de una manera, sin preguntarse si su contenido es correcto.¹⁶¹

C) Directriz:

Para Dworkin, la directriz es derivada de un argumento político que favorece una meta colectiva de una comunidad determinada, por ejemplo, un subsidio, un pago justo etc. Estas directrices siempre son restringidas por principios que protegen derechos individuales, por lo tanto, la directriz prescribe un objetivo de la sociedad, cuya realización no requiere de un recurso particular. A su vez se estimulan un intercambio de beneficios y cargas con el fin de alcanzar un bien global.¹⁶²

Para Alexy, la directriz política no existe, sino que, por el contrario, la protección de bienes colectivos deriva de los principios, ordenando la creación o mantenimiento de situaciones

¹⁵⁹ Ronald, Dworkin, *Los derechos en serio*, cit., p. 75.

¹⁶⁰ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 99.

¹⁶¹ Ruiz Manero, op. cit., p. 152.

¹⁶² Ronald, Dworkin, *Los derechos en serio*, cit., pp. 148-149.

específicas en la medida de lo más alto posible y de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas de un Estado.¹⁶³

En cambio, Manero, retoma la directriz y la llama “norma programática”, para este autor la directriz constituye razones de acción de tipo instrumental o estratégico: el que la consecución de un fin sea deseable hace que exista una razón en favor aquello que conduzca tal fin.

1.5.2 Nuevas maneras de interpretar la Constitución.

Anteriormente, la interpretación de la ley era muy básica y variada, no se requería de un verdadero ejercicio argumentativo. Entre los métodos más comunes de interpretación se encontraban los siguientes: la interpretación originalista o como también conocida como interpretación histórica, la interpretación literal, la interpretación teleológica o basada en el objetivo, la interpretación sistemática y la subsunción.

Por su parte, la interpretación originalista o histórica, sigue vigente hasta nuestros días, aparece cada que un juez recurre a la historia para descubrir lo que probablemente pensaban los redactores del texto jurídico, buscando el contenido y alcance original de la normatividad para que pueda ser aplicada a un caso actual. Este método considera que se deben de aplicar los criterios pasados sin importar lo contradictorios que puedan ser con las sociedades modernas.¹⁶⁴

Los originalistas buscan, ante todo, respuestas históricas a cuestiones jurídicas complejas de manera mecánica, lo que ha acarreado grandes problemáticas al momento de conocer un caso concreto. El primero de estos problemas, radica en la inexistencia del material histórico que explique lo que entendían los redactores del texto legal, colocando suposiciones históricas inexactas, además, la función de juez queda en segundo lugar, para ser remplazada por la de un historiador.¹⁶⁵ Los jueces originalistas aplican criterios de siglos pasados al presente, los cuales, en algunas ocasiones, han desaparecido o en el peor de los casos han sido prohibidos.¹⁶⁶ Se podría mencionar que estos criterios historicistas ya no responden a la realidad actual, debido a la evolución y desarrollo económico, social, político y tecnológico de las sociedades a las que se les pretende hacer validos dichos criterios.

¹⁶³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 110.

¹⁶⁴ Breyer Stephen, *op. cit.*, p. 136.

¹⁶⁵ *ibidem*, p.137.

¹⁶⁶ *ibidem*, p. 138.

Respecto del segundo método clásico de interpretación, conocido como interpretación literal, se debe conceptualizar como aquella herramienta hermenéutica que busca el significado literal de las palabras que componen un enunciado normativo, muchas veces recurriendo a los diccionarios, lo cual conlleva a un inconveniente debido a la ambigüedad de las palabras y a su alta generalidad de significados. Cabe mencionar que la definición de tal o cual palabra, debe ser entendida desde su contexto objetivo, tal contexto escapa al concepto que puede determinar un diccionario.¹⁶⁷

El tercer método llamado como interpretación teleológica, también es conocido como la interpretación que busca el objetivo de la norma. El juez Stephen Breyer ha mencionado que, el juez debe identificar el problema que el congreso pretendió resolver mediante esa norma, así como examinar las posibilidades de la interpretación propuesta y sus posibles consecuencias.¹⁶⁸

Dentro de esta interpretación surgen algunas problemáticas, la primera de ellas es visible cuando el juez, por sí mismo, busca el objetivo de una norma, es aquí cuando se entra en el campo de las suposiciones y es muy difícil concebir con objetividad una decisión, otra de las críticas comunes de este tipo de interpretación, surge cuando el congreso adopta un objetivo que no encuadra con el contexto que rodea la norma promulgada, por ende, el juez tiene que asignar uno que discrepa en su totalidad con la actuación del Legislativo.

Las críticas a esta manera de interpretación aumentan a medida en que cuestionan el papel del juez al estudiar las minutas y puntos de acuerdo, ¿A quién obedece el juez?, ¿Obedece al congreso o al personal del congreso?, todas estas críticas deben ser tomadas en cuenta al momento de resolver un caso mediante la interpretación teleológica.¹⁶⁹

Otro de los métodos de interpretación considerados como clásicos es el sistemático, el cual concibe al ordenamiento jurídico como un ente unido y sin contradicciones, a partir de tal supuesto, la norma debe ser interpretada junto con otras para darle un sentido preciso y congruente, por lo tanto, las contradicciones deben ser excluidas, de esta manera, se han teorizado distintas maneras para solucionar dichas antinomias.¹⁷⁰

¹⁶⁷ *ibidem*, pp. 152-155.

¹⁶⁸ *ibidem*, pp. 156-163.

¹⁶⁹ *ibidem*, pp. 164-168.

¹⁷⁰ Achondo Paredes, Emilio, *Métodos de interpretación jurídica*, México, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, pp. 41-42.

Es aquí cuando aparece la subsunción, como aquel método que se desprende del criterio sistemático, con el fin de buscar determinadas excepciones para declarar la nula aplicación de una disposición normativa sobre otra, esto se debe a que no pueden existir juicios contradictorios, ya que solo uno debe prevalecer.¹⁷¹ Si no es posible determinar esta excepcionalidad, se hace uso de las reglas de resolución de antinomias, las cuales se esclarecen en frases concretas y sencillas, tales como; ley posterior deroga a la anterior, ley especial deroga a la general, etc.¹⁷²

Estos criterios eran aplicables en una visión meramente positivista del derecho que solo aceptaba reglas. Los criterios de interpretación comenzaron a cambiar radicalmente; hacia 1946, la visión interpretativa fue reformulada a partir de distintos estudios del tema entre ellos “*Los fines del derecho*” de Gustav Radbruch quien se separaba mucho de sus antecesores.¹⁷³ Para este jurista la justicia era uno de los fines del derecho, debido a que representa un valor absoluto a partir del derecho a la igualdad y la cual podía ser considerada como una alternativa reconciliadora de antinomias normativas. Para Radbruch, el derecho debía de responder a un sentido de justicia, siendo esta la base idónea para la resolución de conflictos suscitados en un caso concreto, de tal manera que cuando la seguridad jurídica y la justicia alcanzaran una incompatibilidad inaceptable, la primera debería prevalecer, determinado que la ley era derecho injusto, por contrariar a la igualdad que es donde reside el núcleo de la justicia y la naturaleza del derecho.¹⁷⁴

Con este criterio Radbruch proponía que la ley injusta no debería ser considerada como parte del derecho, y en caso de ir en contra de la igualdad, no existiría en la norma naturaleza jurídica alguna que sostuviera la vigencia normativa, por ello, se propuso se adoptó de nueva cuenta un viejo postulado que rezaba que el “derecho extremadamente injusto no es derecho.”¹⁷⁵

Del criterio anterior, se derivaron las primeras interpretaciones para la inaplicación de normas que carecieran de justicia. Haciéndose patentes en dos casos paradigmáticos, los cuales llegaron a manos de jueces alemanes y que Alexy explicó de manera rigurosa.¹⁷⁶ El primero de

¹⁷¹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op.cit., p. 88.

¹⁷² *idem*.

¹⁷³ Radbruch, Gustav, *Los fines del derecho*, 4ª ed., trad. de Daniel Kuri Breña, México, Facultad de derecho UNAM, 1967, pp. 57-61.

¹⁷⁴ Radbruch, Gustav "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en G. Radbruch, Gesamtausgabe, A. Kaufmann (Hg.), Heidelberg, C. F. Müller, 1990, volumen 3, pp. 105-108.

¹⁷⁵ Alexy, Robert, “Una defensa de la fórmula Radbruch”, trad. de José Antonio Seoane, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, España*, 5, (2001), pp. 75–76. Disponible en: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2109/AD-5_4.pdf;jsessionid=3809CEB7233B4E8276B8A9A98E076CCF?sequence=1

¹⁷⁶ *idem*.

estos casos fue respecto de una resolución del Tribunal Constitucional Federal del año 1968, en la cual se abordó el Decreto sobre la Ley de ciudadanía del Reich del 25 de noviembre de 1941; cabe aludir que no se hace una mención expresa de tal fórmula, sin embargo, se hace materialmente uso de ella.¹⁷⁷ El segundo caso, se respalda en un caso resuelto en 1992, siendo la primer sentencia que declaró culpables de homicidio a dos guardias del aquel entonces llamado Muro de Berlín.¹⁷⁸

Los hechos del primer caso versaban sobre un abogado judío alemán, que había residido en Ámsterdam, mucho antes de la segunda guerra mundial, dicha ciudad era parte de Holanda hasta su anexión violenta en mayo de 1940, por los alemanes. A partir de esta adhesión territorial, los nazis pusieron en marcha su plan de exterminio en dicha zona, para 1941, fue expedida esta ley de nacionalidad, antes mencionada, la cual privaba a los judíos de dicho estatus, de esta manera, el abogado quedó desprotegido de las leyes alemanas lo que facilitó que lo enviaran a un campo de concentración y nunca más se supiera de él.¹⁷⁹

El caso comenzó con una disputa legal a finales de los años 60's, respecto de las propiedades de este abogado, ya que sus familiares decidieron que era momento de repartirse la herencia, sin embargo, la difícil situación del caso residió en determinar si el abogado era o no ciudadano alemán al momento de ser enviado a un campo de concentración. Ya que, si no lo era, los bienes pasarían a manos del Estado, ya que esta ley sobre nacionalidad también estipulaba que se debían confiscar los bienes de los judíos, por lo tanto, el tribunal constitucional alemán resolvió que no deberían tomarse en consideración las disposiciones jurídicas de los nacionalsocialistas, porque contradecían los principios fundamentales de justicia, respecto de la igualdad de trato, y, que de reconocerse su aplicación así como sus efectos, se estaría pronunciando respecto de un no derecho, alcanzando una injusticia insoportable que debería ser considerado nula desde el origen.¹⁸⁰

Por lo tanto, se había utilizado la fórmula Radbruch sin mencionar a su autor, dejando una norma sin validez para ser aplicada por considerarla injusta, por ende, se declaró que el abogado debería ser considerado como alemán con independencia a lo estipulado por la ley nazi, esto

¹⁷⁷ *ibidem*, p.77.

¹⁷⁸ *ibidem*, p.79.

¹⁷⁹ *ibidem*, p.77.

¹⁸⁰ BVerfGE 23, 98 (106). Disponible en : <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv023098.html>

permitió que los bienes no fueran confiscados y que pudiera resolverse el conflicto respecto de su repartición entre los familiares del abogado.¹⁸¹

El segundo caso versó sobre la determinación de una pena para dos soldados alemanes de la entonces llamada República Democrática Alemana, a los cuales se les había encomendado la guardia del muro fronterizo que dividía Alemania en dos. Estos guardias al ver que alguien intentaba pasar al otro lado, le dispararon a quema ropa, esto los llevó ante los tribunales penales por haber cometido el delito de homicidio, sin embargo, las penas fueron suspendidas, debido a que en ese instante se promulgó el tratado para la unificación de Alemania, el cual estipulaba que solo se podía aplicar una sanción, siempre y cuando el delito estuviera vigente en algún código penal; por lo tanto, se comenzó a estudiar el derecho vigente de aquella época y encontraron que la ley fronteriza de 1982, eximía de responsabilidad penal a estos soldados, debido a que justificaba el uso de armas de fuego cuando hubiera la comisión inminente de un delito.

Para el momento en que se presentaron los hechos del caso, la R.D.A contemplaba como delito el intento de una persona por traspasar el muro de Berlín; es así que el Tribunal Federal Alemán considero que la pena debía seguir su curso, aplicando una excepción del principio *nullum poena sine lege*, así como de la retroactividad de la ley penal en perjuicio de alguien, con ello se eliminó toda posibilidad de que la conducta de los soldados fuera justificable; aquí es donde entra en operación la fórmula Radbruch.

El tribunal Federal Alemán decidió entonces que no podía justificarse, por ninguna razón la vulneración de un derecho de mayor rango, como la vida, así como la violación grave a la idea de justicia y en especial al concepto de dignidad humana. Es entonces que la ley positiva estaba en contraposición a la justicia, por ende, la norma debería considerarse como derecho injusto.¹⁸²

Gustav Radbruch fue el precedente que marcó a Robert Alexy, quien buscó desarrollar una fórmula propia con base en los principios. Primeramente, Alexy visualizó que en muchos casos puede existir colisión entre dichos principios; debido a ello, el profesor alemán tuvo que dejar del lado los criterios para interpretar reglas, ya que los principios a diferencia de estas, no pueden declararse inválidos. Para resolver esta antinomia al interior de un caso concreto, es necesario que se le asigne un valor a cada uno de estos.¹⁸³

¹⁸¹ Alexy, Robert, *Una defensa de la fórmula Radbruch*, cit., p. 78.

¹⁸² BGHSt 39, 1 (15 s.). Disponible: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bs039001.html>

¹⁸³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 89.

Tal asignación permite a un principio ceder frente a otro. Alexy nos da un ejemplo claro de cómo funciona este sistema basado en la argumentación jurídica y su aplicabilidad; él toma de referencia la manera en que interpreta el tribunal constitucional alemán en varias de sus sentencias, siendo la más ilustrativa la sentencia BVerfGE 51,324,¹⁸⁴ donde se aprecia este tipo de ejercicios. En dicho caso, la valoración de los principios fue determinada por las circunstancias externas que dieron pie a replantearse la centralidad de la decisión, en un juicio penal, una persona que sufría problemas cardíacos sería imputada por la comisión de un delito grave, se presuponía que, al recibir el veredicto del juez penal, el imputado corría el riesgo de morir o sufrir graves daños de salud, sin embargo, de eximir de responsabilidad a esta persona por su condición, el Estado incumpliría con su obligación para aplicar una norma jurídica, así como la de castigar a quienes fueran encontrados culpables de algún delito.¹⁸⁵

La interpretación de este caso en particular, dio preferencia al primer principio, resultando en una suspensión de la audiencia penal por el peligro inminente en que se encontraba el procesado, ya que este podría haber sufrido un paro cardíaco en medio de la audiencia; si el tribunal hubiera tomado una decisión contraria, la audiencia hubiera seguido con total normalidad.

Es aquí donde hace su aparición la ponderación como método interpretativo, con el objetivo de colocar peso a un valor específico, permitiendo la resolución de un caso concreto; tales evaluaciones deben partir de las circunstancias específicas que indiquen la existencia de un conflicto axiológico, por ende, tales principios son considerados concretos y parten de un reconocimiento normativo no determinado para los hechos del caso. Cosa distinta las valoraciones en abstracto, las cuales parten de una norma para asignar un valor, sin necesidad de un caso concreto, por ende, no existen hechos para realizar una ponderación objetiva, se suma a ello la imposibilidad de imponer acciones específicas de satisfacción o prohibición tendiente a salvaguardar la Constitución.¹⁸⁶

Para que la ponderación pueda ser llevada a cabo, deben seguirse tres pasos, el primero es definir el grado de afectación de uno de los principios a partir de los hechos concretos de un caso, el siguiente es definir la importancia de satisfacción del principio contrario y el tercero, radica en

¹⁸⁴ BVerfGE 51, 324(345). Disponible en : <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv051324.html>

¹⁸⁵ *Idem*.

¹⁸⁶ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª ed., trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2018, p.358

torno a definir cuál de los dos principios ha de prevalecer, si el primero debe de ser limitado o por el contrario el segundo no debe de ser satisfecho.¹⁸⁷

Estos tres pasos deben estar racionalizados en una fórmula aplicable a cualquier caso que presente una colisión de principios. Para racionalizar la valoración, Alexy propuso una escala triádica que iba desde una intervención leve a una grave, de esta manera se colocaron grados de no satisfacción y de intervención, para determinar la violación a los que habían sido sometidos los principios.¹⁸⁸

Por ende, el juez debe asignar la intensidad de la intervención, mediante una medida impuesta por él mismo, con la finalidad de colocar una restricción a aquel acto violatorio de los principios, determinando el grado de su actuación y la velocidad de su respuesta. De la misma manera, los derechos que requieren de actos positivos para su garantía, como los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, se les debe aplicar este tipo de medidas. Por ejemplo, cuando un principio no ha sido garantizado se puede hablar de una no satisfacción y en consiguiente al no existir medida alguna para satisfacerlo se puede determinar una no intervención y probable solución para su garantía.

Este es uno de los tantos ejemplos de cómo la argumentación jurídica ha dado paso a novedosas maneras de interpretación que distan mucho de los métodos interpretativos utilizados para las reglas. Se puede ampliar el panorama si tomamos en cuenta los principios expresados en los tratados internacionales reconocidos por los Estados, ya que abren una amplia gama interpretativa, por ello es que se debe recalcar la importancia que el nuevo constitucionalismo trae consigo.

1.5.3 La apertura constitucional a los tratados internacionales.

Otra de las características del Estado constitucional de derecho, aparte del uso de los principios axiológicos y la importancia que tiene el juez para racionalizar los actos de autoridad, se integra otra característica, esta reside en la apertura de los Estados a los tratados internacionales y su incorporación al ordenamiento jurídico interno, esta característica busca la construcción de un proyecto que supere al Estado nación.¹⁸⁹

¹⁸⁷ *ibidem*, p.351.

¹⁸⁸ *ibidem*, p. 357.

¹⁸⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p.10.

Para poder entender mejor el fenómeno debemos de remontarnos a las primeras concepciones de la soberanía, entendida como una fuerza material empleada en construir y garantizar la unidad política,¹⁹⁰ o como mencionó de manera similar Hermann Heller, “*El Estado se diferencia de todos los grupos territoriales de dominación por su carácter de unidad soberana de acción y decisión. El Estado está por encima de todas las unidades.*”¹⁹¹

La idea de soberanía siempre ha buscado justificar actos estatales de todo tipo, dentro de su territorio, así como en el trato que tiene hacia los demás Estados y los organismos internacionales. Desde esta última perspectiva, el Estado se veía así mismo como un competidor nato en contra de sus homólogos, lo que permitía que solo existieran dos tipos de relaciones en cuanto al trato de la comunidad internacional. La primera de estas permitía a un Estado declarar la guerra a otro y la segunda, consistía en la facultad para construir acuerdos mutuos de forma contractual, de ahí que los tratados internacionales comenzaran a ser relevantes.¹⁹² Esta visión tan cerrada del Estado fue poco a poco desmoronándose, las atrocidades de las guerras mundiales habían hecho replantearse una vez más, el papel del individuo frente al poder, esto fue acompañado a su vez por la aparición de la globalización, siendo el punto de quiebre para los nacionalismos en todo el mundo.¹⁹³

Por primera vez aparecía una voluntad de todas las naciones por construir una visión conjunta que colocara a los derechos humanos en el centro de la visión estatal, es entonces que se expidió la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual permitió sujetar a los Estados a principios fundamentales y evidenciarlos en caso de que los violaran. La universalidad, entendida como la titularidad de derechos por el simple hecho de pertenecer al género humano, comenzó a quebrar viejos conceptos que permitían diferencias de trato injustificable, como el concepto de ciudadanía.¹⁹⁴

Esto abrió la posibilidad de reconocer la pluralidad del mundo y con ello la aparición de un fuerte sentido democrático liberal, el cual permitió la formación de centros de poder alternativos dentro de diferentes contextos como el político, económico, social y religioso. Llegado a este punto, los individuos comenzaron a crear una dimensión organizacional

¹⁹⁰ *idem.*

¹⁹¹ Heller, Herman, *Teoría del Estado*, México, Fondo de cultura económico, 1985, p. 255 y pp. 262-264.

¹⁹² *idem.*

¹⁹³ Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía”, en Carbonell Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución ensayos escogidos*, México, Porrúa, 2016, p. 401.

¹⁹⁴ *idem.*

independiente del territorio, integrándose en nuevos grupos que respondían a la necesidad de defenderse por medio de mecanismos externos al Estado, como las jurisdicciones supraestatales, aunado a ello, el desarrollo tecnológico avanzaba a pasos agigantados, dejando de lado el desarrollo obrero industrial, lo que permitió un desarrollo a la par entre economía y capital; estos fenómenos afectaron directamente la integridad de los derechos humanos de muchas personas al perder sus empleos, ser despojados de sus tierras, y por ende, aumentó la preocupación por defenderse.¹⁹⁵

Estos problemas no podían ser superados individualmente, por ello es que surgió la necesidad de que los individuos afectados por una misma causa, se agruparan en órganos de cooperación internacional. Uno de estos ejemplos fue la aparición de la Unión Europea, que se consolidó con fuerza en el tratado de Maastrich; el cual eliminó todo tipo de obstáculos para la circulación de personas y mercancías por toda Europa.¹⁹⁶

La Unión Europea es el máximo ejemplo del desmoronamiento del antiguo concepto de soberanía y su restructuración en un concepto compartida; los europeos se han separado de las viejas concepciones del Estado Nación y han tratado de justificar su actuar en un derecho comunitario, el cual busca la convivencia pacífica en mutuo acuerdo con los Estados parte de la unión, por medio de leyes y jurisdicciones propias.¹⁹⁷

Este fenómeno ha llegado hasta Latinoamérica, donde se comienzan a dar los primeros pasos para la creación de un derecho constitucional común, conocido también como *Ius constitutionale commune*, una idea impulsada por los centros de investigación más prestigiados en México y en el mundo, como lo es el Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM en conjunto con el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International law. Para Armin Von Bogdandy, la apertura de los Estados a los tratados y jurisdicciones internacionales es el primer paso para la construcción de un derecho latinoamericano propio y común.¹⁹⁸

Muchas veces la jurisdicción nacional resulta insuficiente, por el hecho de que el nuevo derecho público está basado en principios de protección de los derechos humanos y dirigido a una

¹⁹⁵ Zagrebelsky Gustavo, *op. cit.*, pp. 11-12.

¹⁹⁶ Jáuregui, Gurutz, "Estado Soberanía y Constitución", en Carbonell Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución ensayos escogidos*, México, Porrúa, 2016, p. 419.

¹⁹⁷ *ibidem*, p. 22.

¹⁹⁸ Von, Bogdandy (coord.), "Ius constitutionale commune latinoamericanum", en *Ius constitutionale commune en derecho humanos en América Latina*, México, Editorial Porrúa, 2013, p. 8.

gran diversidad de individuos. Por ende, los ordenamientos internos requieren de un replanteamiento que consoliden instituciones fuertes, con independencia de la voluntad política del gobierno nacional en turno, esto solo puede ser posible a través de un respaldo externo, como por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual desarrolla mediante su jurisprudencia, principios protectores que obliga a los Estados que previamente reconocieron su jurisdicción.¹⁹⁹

Para poder consolidar un proyecto que permita abrir los Estado a la recepción de los tratados internacionales es necesario que los mismos reformen sus textos constitucionales, reconociendo como parte de su ordenamiento jurídico a estos instrumentos protectores de derechos.²⁰⁰ El segundo paso, por así mencionarlo, debe suceder en la academia. El abandono de viejas figuras doctrinales como el monismo y el dualismo debe dar lugar a una nueva postura, ya que dichas figuras no responden a las necesidades de integración internacional, como menciona Von Bogdandy, “Desde la perspectiva científica estas figuras se han convertido en zombis intelectuales de otro tiempo que deben descansar en paz o reconstruirse”.²⁰¹ Esto se debe a que las nuevas herramientas interpretativas, tales como el control de convencionalidad, buscan adecuar el ordenamiento interno a los tratados que fueron ratificados y reconocidos por los Estados, cabe mencionar que este es el instante donde las fuentes del derecho comienzan a difuminarse, por ende, debe subsanarse mediante herramientas como el pluralismo jurídico que representa la integración regional latinoamericana.²⁰²

Para profundizar en el tema, debe hacerse mención de que el pluralismo jurídico propone un ordenamiento unitario que posibilite la eliminación de la visión jerárquica de ordenamientos en cuanto la relación que existe entre instrumentos jurídicos de índole nacional e internacional. Este pluralismo puede ser concebido desde dos puntos de vista distintos; uno radical y conflictivo, el cual parte de un exacerbado uso del poder con un razonamiento jurídico que no juega ningún papel,²⁰³ como pueden ser los Estados que aceptando en sus ordenamientos los tratados internacionales se excusen en su derecho interno para su incumplimiento, respecto de la segunda modalidad, debe remitirse a un diálogo contante que permita observar el desarrollo de regímenes

¹⁹⁹ *ibidem*, pp. 10-11.

²⁰⁰ *ibidem*, pp. 8-9.

²⁰¹ *ibidem*, p. 17.

²⁰² *ibidem*, p. 18.

²⁰³ *ibidem*, p. 21.

jurídicos en conjunto, con el fin de garantizar derechos.²⁰⁴ Como bien lo menciona Mariela Antoniazzi, “*el constitucionalismo suramericano, cuyo fundamento se encuentra en las cláusulas de mandato de estatalidad abierta, girando en torno del pluralismo normativo y se apalanca en el desarrollo del derecho internacional.*”²⁰⁵

Es así como se busca crear una apertura que concierne a cada Estado, partiendo de la idea en que cada uno debe de acatar a un poder supranacional que guíe y proporcione parámetros de protección de los derechos humanos, siempre y cuando acepte la intervención de tales poderes. No cabe sin más, reconocer el trabajo de estos órganos supranacionales que actúan ante la falta de acción respecto de las graves violaciones de estos derechos cometidas por los Estados, muchas veces encubiertas por los regímenes totalitarios a los que se ha vista sometida Latinoamérica.

1.5.4 Control de convencionalidad.

El control de convencionalidad nace como consecuencia de lo anterior, y debe ser entendido como una herramienta para adecuar el ordenamiento interno a lo dispuesto por autoridades internacionales y tratados de la misma índole. Cabe mencionar que el control de convencionalidad es un instrumento latinoamericano que parte de una obligación internacional determinada en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, específicamente en sus artículo 1° y 2°.²⁰⁶ Cabe resaltar que desde la opinión consultiva 14/94 ya se vislumbraba el deber de adoptar determinadas medidas para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en el pacto de San José, a partir de los principios como *pacta sunt servanda* y *bona fidei*, exployados por el estatuto de la corte internacional de justicia, respectivamente el artículo 26 y 27.²⁰⁷

El termino control de convencionalidad, surge como respuesta a una exigencia de protección internacional; el nombre comenzó a ser usado por el juez Sergio García Ramírez para poder definir las funciones de la Corte IDH al momento de estudiar un caso.²⁰⁸ No sería hasta la

²⁰⁴ *idem.*

²⁰⁵ Morales Antoniazzi, Mariela (coord.), “El Estado abierto y el cambio de paradigma de la soberanía: objetivo del *ius constitutionale commune*” en *ius constitutionale commune en derecho humanos en América Latina*, México, Editorial Porrúa, 2013, p. 144.

²⁰⁶ Pelayo Möller, Carlos María y Ferrer MacGregor, Eduardo, *Las obligaciones generales de la convención americana sobre derechos humanos (deber garantía y adecuación de derecho interno)*, México, Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM, CNDH, 2017, Colección estándares del sistema interamericano de derechos humanos: miradas complementarias desde la academia, Núm. 7, p. 143.

²⁰⁷ Corte IDH, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención (arts. 1 y 2 convención americana sobre derechos humanos), solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A, No 14.

²⁰⁸ Pelayo Möller, Carlos María y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, p. 133.

sentencia del caso *Almonacid Arellano Vs Chile*,²⁰⁹ donde se le dotaría al concepto de control de convencionalidad una determinada función, estableciendo que por medio de los jueces nacionales podría cumplirse la obligación relativa a adoptar disposiciones en conformidad a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, de esta manera el poder Judicial podría inaplicar o expulsar de su ordenamiento jurídico, normas cuyo contenido contrariara alguna disposición de derecho internacional.

Cabe mencionar que la Corte IDH no ha mencionado que se deba de adoptar un modelo específico de control, ya sea de constitucionalidad o de convencionalidad, tal decisión será tomada por el Estado, el cual puede decidirse respecto de los dos anteriores en su modalidad de concentrado, difuso o mixto.²¹⁰ Por control concentrado de convencionalidad debe entenderse como toda aquella revisión de un determinado acto de autoridad o ley, dicha revisión es realizada por un órgano jurisdiccional con la facultad exclusiva para ello y que es a su vez el intérprete final de la Convención Interamericana, como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²¹¹ Para el caso del control de constitucionalidad concentrado, debe ser entendido como toda revisión de un acto o ley, por parte de una autoridad judicial reconocida como el intérprete final de la Constitución, como lo son las Supremas Cortes de Justicia o los Tribunales constitucionales de cualquier país.

Por el otro lado, el control difuso de convencionalidad debe ser entendido como aquella revisión por parte de una autoridad judicial, respecto de la diferencia que puede existir entre un tratado internacional y un acto o ley, dentro del territorio de un determinado Estado, esta revisión puede hacerla cualquier juez nacional una vez que los tratados internacionales hayan pasado a ser parte del ordenamiento jurídico interno.²¹² Para el caso del control de constitucionalidad difuso debe ser entendido como aquella revisión que hace cualquier juez en cualquier nivel de gobierno, con excepción de la Suprema Corte o los Tribunales Constitucionales, su principal objetivo es acoplar el ordenamiento jurídico y los actos de autoridad a la Constitución.

Respecto del control mixto, debe ser entendido como la combinación de ambos tipos de control, tanto concentrado como difuso, esto en relación al control de constitucionalidad, está de

²⁰⁹ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano VS Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, Núm. 154, párrafos 123-125.

²¹⁰ Mac Gregor, Eduardo Ferrer, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, México, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM y Marcial Pons, 2016, p. 686.

²¹¹ *ibidem*, p. 672.

²¹² *ibidem*, p. 674.

más mencionar que el control de convencionalidad difuso debe acompañar a cualquiera de los tipos de control de constitucionalidad.

Regresando a la convencionalidad, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor afirma que tal instrumento tiene como fin constitucionalizar el derecho internacional, de manera que pueda obligarse a un juez nacional a aplicar la jurisprudencia internacional, por esta vía, se puede constituir un bloque de convencionalidad que marque estándares comunes para toda Latinoamérica.²¹³ Lo anterior es complementado por dos sentencias de suma importancia, respecto de este tema, tal es el *Caso trabajadores cesados del congreso vs Perú*,²¹⁴ de la cual, el juez Ferrer destaca tres características principales:²¹⁵

- 1) Elimina la expresión (como una especie) de control de convencionalidad y reconoce autonomía procesal a dicha figura.
- 2) El control de convencionalidad procede de oficio y no a petición de parte.
- 3) Debe de ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia

Con posterioridad se seguiría desarrollando la teoría del control de convencionalidad en lo que respecta al *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México*,²¹⁶ donde se extendió la obligación de aplicar el control de convencionalidad, no solo a los operadores judiciales, sino también a todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, de tal forma que los jueces nacionales con independencia de su ámbito competencial podrían convertirse en jueces interamericanos, sin necesidad de recurrir a órganos internacionales, como bien lo mencionó el juez Eduardo Ferrer que “*el control difuso de convencionalidad convierte al juez constitucional en un juez interamericano, por el hecho de ser un primer y autentico guardián de la CADH, de sus protocolos adicionales y por supuesto de la jurisprudencia de la Corte IDH.*”²¹⁷

²¹³ *ibidem*, p. 676.

²¹⁴ Corte IDH, *Caso trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 158, Párrafo 128.

²¹⁵ Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *op. cit.*, p. 710.

²¹⁶ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220, párrafo. 225.

²¹⁷ Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *op. cit.*, p. 714.

El control de convencionalidad no está eximido de críticas, Néstor Pedro Sagües ha identificado algunos problemas teóricos. El primer problema que el autor identifica, gira en torno al material normativo controlado, donde visualiza que una de las características del Pacto de San José es la supraconstitucionalidad del cual está dotado desde un inicio.²¹⁸ Esto genera una gran controversia, ya que los legisladores de los Estados deciden como legislar sus cláusulas de apertura constitucional y el contenido de sus Constituciones, esto puede colocar a los tratados internacionales por debajo de la Constitución o en un mismo nivel. Ha sucedido que la Corte IDH ha ordenado modificar artículos de ciertas Constituciones que han resultado inconventionales, como es el caso de Chile, es curioso este caso, porque en la Constitución de la República chilena se permitía la censura previa, respecto de cualquier tipo de material intelectual que no agradara al Estado; dicha cláusula seguía vigente desde la dictadura de Pinochet.

A raíz de lo anterior llegó ante el conocimiento de la Corte Interamericana el caso "*La Última Tentación de Cristo*" (*Olmedo Bustos y otros*) Vs. Chile",²¹⁹ donde se determinó que el Estado chileno había violado los artículos 1.1 y 2 de la CADH, los cuales contienen la obligación estatal para respetar y garantizar los derechos humanos, con la finalidad de adecuar su ordenamiento interno conforme a la misma Convención Interamericana, la sentencia de este caso en particular, determinó que un artículo constitucional podía ser inconventional y por ende, debía ser derogado o reformado.²²⁰

Ante lo anterior, Sagües propuso una solución de corte axiológica, donde el valor superior preferente sea el bien común regional y no el nacional, en caso de no aceptar, bajo sanción que de no aceptar, lo Estados fueran excluidos del pacto de San José con las consecuencias económico, políticas y jurídicas que representa el desconocimiento de este instrumento.²²¹

Respecto del material normativo controlante, podemos destacar los intentos de ampliación a partir del mismo control de convencionalidad, así como de la interpretación mutativa, la cual propone que cualquier Estado puede aceptar verse obligado por una decisión de la Corte

²¹⁸ Sagües Néstor, Pedro, "El control de convencionalidad" en Armin Von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi (comps.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un *Ius constitutionale commune* en América Latina?*, México, Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, Max Planck Institute, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, serie doctrina jurídica, núm. 570, p. 457.

²¹⁹ Corte IDH, Caso "*La Última Tentación de Cristo*" (*Olmedo Bustos y otros*) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

²²⁰ *ibidem*, párrafos. 95-102 y Puntos resolutivos 3-4.

²²¹ Sagües Néstor, Pedro, op. cit. p. 458.

Interamericana de la que no haya sido parte. Esto permitiría que la jurisprudencia producida por las Cortes constitucionales contaran con un amplio repertorio interpretativo, el cual pudiera expresarse a través de una decisión judicial.²²² Néstor Sagües continua y sugiere la posibilidad de una ampliación facultativa por parte de la Corte IDH, ya que, si dicho organismo comenzara a pronunciarse respecto de otros tratados internacionales de carácter universal, los Estados que hayan reconocido su competencia, tendrían la obligación de expandir su ámbito interpretativo, de esta manera habría una expansión del material normativo controlante, más allá de la Convención Americana.²²³

El último de los grandes problemas del control de convencionalidad, es su contradicción con el control de constitucionalidad, primeramente, se parte de la idea de que un Estado no puede remitirse a su ordenamiento interno para desconocer o inaplicar algún tratado internacional. Por lo cual el tratado es superior a los textos constitucionales, siguiendo ese orden de ideas, si algunos de los artículos constitucionales resultan ser incompatibles se deben inaplicar. Esto es problemático, debido a que obliga al Estado a decidir si guía su actuación a partir de su Constitución o si lo hace respecto del tratado internacional del que es parte, algunos Estados han decidido no tomar una postura clara o han colocado ciertas limitaciones para reducir los efectos del ordenamiento internacional. Uno de los ejemplos más claros de lo anterior, se encuentra en la figura del arraigo mexicano, la cual es válidamente constitucional, pero no lo es conforme a los tratados internacionales.

²²² *ibidem*, pp. 458-459.

²²³ *ibidem*, p. 460.

CAPITULO 2 Actividad jurisdiccional.

2.1 Origen, finalidad y concepciones.

La actividad jurisdiccional nace como una necesidad primaria para dejar atrás la justicia privada, buscando establecer una organización de carácter judicial con el fin de transformar una autotutela en una heterotutela.²²⁴ La heterotutela significó el pleno abandono de la fuerza privada en favor de la decisión de un tercero imparcial, llamado órgano jurisdiccional, el cual debe seguir una serie de reglas que dan lugar a un proceso para dirimir un conflicto.²²⁵ De esta manera, el juzgador legitima su decisión separándola de la arbitrariedad de su juicio individual, eliminando todo rastro de arbitrariedad; ahí la importancia de las reglas del debido proceso judicial. Por lo tanto, el ejercicio de la potestad jurisdiccional significa aplicar el derecho a un determinado caso concreto, teniendo como objetivo la preservación de un orden haciendo que los individuos sometidos a la jurisdicción se comporten de una manera determinada.²²⁶

Si bien, se puede hablar de la actividad jurisdiccional desde una perspectiva generalizada, también puede hacerse desde una perspectiva específica. Para el caso de esta investigación, se abordará a la actividad jurisdiccional respecto de los usos que se le dan al texto constitucional al momento de realizar alguna interpretación y explicar cómo a partir de esta, se construye el Estado constitucional de derecho. Por lo tanto, debemos entender que la actividad jurisdiccional de carácter constitucional lleva en conexidad dos elementos inseparables que son, la interpretación y la aplicación del derecho.²²⁷ Para Gustavo Zagrebelsky estos dos elementos son componentes de la fase judicial; uniendo el valor argumentativo (interpretación) y el valor práctico del derecho (aplicación del derecho). Sí solo existiese el valor argumentativo, entonces el derecho constitucional no sería propiamente constitucional sino derecho político.²²⁸

Para llevar a cabo estos elementos, se han concebido dos concepciones que ayudan a interpretar al derecho.²²⁹ La primera es la concepción unilateral y la segunda es la concepción bilateral, cada una ellas cuenta con características determinadas por los actores de la

²²⁴ Saveedra López, Modesto, "Jurisdicción", en Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (comps.), *El derecho y la justicia*, 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 222.

²²⁵ Alvarado Velloso, Adolfo, *Lecciones de derecho procesal civil*, México, Editorial Porrúa, 2013, pp. 5-6.

²²⁶ Saveedra López Modesto, *op. cit.*, pp. 222-223.

²²⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia, tres capítulos de justicia constitucional*, trad. de Manuel Martínez Neira y Adela Mora Cañada, Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 137

²²⁸ *ibidem*, p. 138.

²²⁹ *ibidem*, p. 139

interpretación; los parámetros valorativos, la función que se determina en la relación caso / hecho, etc. Cada una de estas concepciones serán explicadas en líneas posteriores.

2.2 La Concepción unilateral.

La concepción unilateral tiene características específicas relacionadas con los métodos interpretativos del derecho que aparecen en el uso judicial; estos métodos suelen ser mecanicistas, los cuales están basados en el análisis de fórmulas lingüísticas, halladas en la norma, dando peso al significado que se atribuye al vocablo, la locución o el enunciado.

La interpretación, por lo tanto, es equivalente a la atribución de un significado proveniente de uno texto o enunciado normativo, como menciona Luis Prieto Sanchís, *“el objeto de la interpretación, aquello que se interpreta, es siempre un texto, un enunciado o un conjunto de enunciados lingüísticos”*.²³⁰ Siguiendo esta línea, Robert Alexy menciona lo siguiente, *“El hecho de que la misma norma pueda ser expresada a través del enunciado normativo pone en manifiesto que hay que distinguir entre enunciado normativo(disposición) y norma “*.²³¹ Por lo tanto, la interpretación transforma a las disposiciones normativas en normas, de esta manera, un enunciado que pareciera claro, no lo es cuando se analiza con métodos de interpretación distintos, por ende, una disposición normativa puede tener muchas normas y no viceversa, pero será el juzgador que determine cuál de todas estas es la correcta o la más objetiva para resolver el caso concreto.²³²

Para Zagrebelsky, existen dos tipos de interpretación respecto de la concepción unilateral, la primera, como acto de conocimiento y la segunda, como acto de voluntad. Respecto de la interpretación como acto de conocimiento, resulta ser un mero proceso intelectual que parte de los significados lingüísticos de un enunciado o enunciados normativos, esto depura la subjetividad con la que fue creada una ley, ya que, al analizar el texto legal, los jueces pueden apartarse totalmente de lo que quiso el legislador y darle un significado objetivo.²³³

Por otro lado, está la interpretación como acto de voluntad, la cual parte de la idea de que la interpretación depende de factores externos a las disposiciones normativas, es así que se debe de hacer uso de la discrecionalidad, siempre y cuando exista un defecto en la legislación. Cuando el intérprete ha encontrado dicho defecto en el cuerpo legal, culpa al legislador por no permitirle

²³⁰ Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, 10ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2016, p.226

²³¹ Alexy, Robert, *teoría de los derechos fundamentales*, cit., p.55.

²³² Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia, tres capítulos de justicia constitucional*, cit., p. 140.

²³³ *ibidem*, pp.140-141.

ser un buen interprete, exigiendo leyes más claras, esto es motivo suficiente para legitimarse y asumir una postura totalmente discrecional, según este tipo de autores, el juez busca recomponer la ley conforme criterios integradores,²³⁴ estas características son propias de los realistas clásicos quienes entendieron al ejercicio de interpretación en un solo sentido, el de su voluntad.

2.2.1 Origen.

Si bien, en los párrafos anteriores se describió a grandes rasgos un breve escenario de la concepción unilateral, habría que entrar en la génesis de la cual nace esta concepción llamada normativista, esta teoría, a su vez, es representada por la dogmática jurídica que tiene como campo de observación las normas vigentes dispuestas por el legislador, las cuales determinan el sentido y las condiciones formales de validez, por medio de los fenómenos jurídicos.²³⁵ De esta dogmática se desarrollan dos escuelas, la escuela francesa de la exegesis, la cual busca en lo códigos todas las soluciones a los problemas y conflictos sociales y en segundo lugar, la escuela de la dogmática alemana, la cual buscaba desarrollar una ciencia del espíritu, a partir de la normativa, reduciendo la importancia a los supuestos de hecho, muy presente en el derecho penal.²³⁶

Desde el derecho natural, se propuso un método distinto con una perspectiva meramente historicista. No sería hasta la aparición de los positivistas más consolidados, llamados analíticos, quienes darían las primeras pautas para la interpretación como la conocemos. Los analíticos piensan que la interpretación es una actividad mental y que producto de esta, nace un discurso susceptible al análisis lógico, no buscan descubrir la génesis de tal decisión, sino justificar razones,²³⁷ la teoría analítica se divide en dos grandes grupos, el grupo que sigue la corriente realista y el grupo neo-cognitivista.

El primer grupo de analíticos está representado por los realistas, también llamados escépticos de la interpretación, quienes la desprecian por ser vista como una actividad intelectual, este grupo piensa que todo debe ser diferido a la decisión judicial, la cual se legitima en dos posturas y se aparta de todo intento de interpretación normativa. La primera versa respecto de la interpretación en sentido estricto, donde los textos normativos son inconsistentes, ambiguos y admiten distintas interpretaciones, por lo tanto, toda norma es vaga, carente de abstracción y de

²³⁴ *ibidem*, p. 142.

²³⁵ Ferrajoli, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, 5ª ed., México, Editorial Fontamara, 2015, p 22.

²³⁶ Saavedra López, Modesto, *op. cit.*, p. 225.

²³⁷ Guastini, Ricardo, *Filosofía del derecho positivo, manual de teoría del derecho en el Estado constitucional*, trad. de Diego Dei Veicchi, Perú, Editorial Palestra, 2018, p. 248.

aplicación práctica. En resumen, tanto la interpretación en abstracto como en concreto, es producto de la elección del juzgador, el cual no tiene un método claro, y poco importa que no haya sentencias que expresen una verdad o una falsedad, se llega al grado de decir que una decisión judicial se puede profetizar por el contexto en el que se encuentra un juzgador.²³⁸

El segundo aspecto sobre la analítica realista, corresponde a la construcción jurídica; la cual dependerá del conjunto indeterminado de interpretaciones posibles con el único objetivo de colmar lagunas de la norma, sobre todo al jerarquizar principios axiológicos de manera abstracta,²³⁹ dentro de esta corriente podemos encontrar a Alf Ross.

Este autor menciona que la vigencia del derecho está dada por comportamientos externos a los jueces y se compone en una doble vertiente, la cual parte de una visión metafísica.²⁴⁰ Por un lado, el derecho es algo que se da en el mundo de los hechos como algo real y por el otro, se ve como algo válido en un mundo de las ideas, la validez entonces, dependerá del razonamiento judicial que corresponde a la decisión de un caso en concreto, al respecto Carlos Santiago Nino menciona que: “*Alf Ross dirige el contenido abstracto de las directivas y no a las realidades del derecho en acción. Sin embargo el derecho en acción y las normas jurídicas no son fenómenos independientes sino aspectos distintos de una misma realidad.*”²⁴¹

El siguiente grupo es el neo/cognitivist, que parte de la idea de que cada texto normativo es un acto de conocimiento (como ya se había mencionado en líneas anteriores) y solo admite una sola interpretación considerada como verdadera, descartando a las demás. La teoría cognoscitiva subraya que en cada texto existe una indeterminación semántica dentro de cualquier disposición normativa, por ende, se debe debatir sobre la certeza de su significado.²⁴²

Para esta corriente existen supuestos de hecho que recaen en una aplicación que se replica una y otra vez, sin presentar duda alguna sobre su interpretación o aplicación, a este tipo de casos se les ha denominado como “fáciles”, por el contrario, existen casos en los cuales los supuestos de hecho carecen de respaldo Legislativo, derivado de ello, el juez debe tomar un papel relevante

²³⁸ *ibidem*, pp. 252-253.

²³⁹ *ibidem*, pp. 254-255.

²⁴⁰ Nino Carlos Santiago, *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, México, Editorial Fontamara, 2013, p. 53.

²⁴¹ *ibidem*, p. 55.

²⁴² Guastini, Ricardo, *op. cit.*, p. 249.

en su resolución, de esta manera el operador judicial debe aplicar la norma; a esta serie de casos se le ha llamado “difíciles”.²⁴³

Para Zagrebelsky los tipos de casos son una problemática toral, ya que los métodos lógico deductivos de la concepción unilateral, suelen usarse al momento de identificar normas, limitando el ejercicio argumentativo en la decisión judicial.²⁴⁴ En pocas palabras, solo sirven para resolver casos fáciles, de esta manera se busca desconocer la casuística de la dinámica judicial, apostando por la dogmática e ignorando la verdadera construcción del derecho a partir de su práctica en tribunales.²⁴⁵

Para Hans Kelsen, la ley es un conjunto de supuestos abstractos, que enlazan ciertas consecuencias determinadas y abstracta, la tarea del juez es individualizarlas a fin de aplicarse a la realidad, por lo tanto, la actividad judicial consiste en constatar si los hechos del caso que conoce están reconocidos en la ley, de esta manera, la ley puede ser aplicada en un caso concreto.²⁴⁶ Resultado de ello, el juez se convierte en siervo de la norma y solo puede remitirse a los supuesto de hecho reconocidos en ella. Esta manera de ver la actuación judicial es coherente con su propuesta científicista del derecho, la cual busca concebir una metodología limpia de cualquier otro tipo de estudio no jurídico,²⁴⁷ esto implica conceptualizar al derecho como un conjunto de normas jurídicas que carecen de cualquier parámetro axiológico valorativo. Surge aquí la duda de la función de la ciencia jurídica;²⁴⁸ ¿Qué sucede cuando el caso o hecho se presenta en la vida real pero no es previsto por la norma jurídica?

He aquí la gran confusión, al partir solamente de la descripción lingüística de la norma se ha dependido de ella, excluyendo otros casos que pudieran ser de relevancia en el mundo real. Por ende, existe aquí una separación absoluta entre la norma y la realidad, como menciona Zagrebelsky: *”Los casos de la vida, superan a la imaginación abstracta, normalmente bastante escasa de los juristas que formulan sobre los textos sus (casos de escuela), usualmente superados en creatividad por la fantasía real de la experiencia”*.²⁴⁹

²⁴³ *ibidem*, p. 250.

²⁴⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia, tres capítulos de justicia constitucional*, cit., pp. 140-142.

²⁴⁵ *ibidem*, pp. 250-251

²⁴⁶ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y el Estado*, cit., p. 160.

²⁴⁷ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, p.25.

²⁴⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia, tres capítulos de justicia constitucional*, cit., pp. 150-151.

²⁴⁹ *Idem*.

La separación entre lo abstracto y lo concreto, se debe al principio del cual Kelsen teoriza su visión del derecho, la primera postura la toma de David Hume, la segunda de George Edward Moore y la tercera de Emanuel Kant, para poder formular su propia teoría de la razón práctica.²⁵⁰

2.2.2 La ley de Hume, la falacia natural, entre el *Sein* y el *Sollen*.

Para entender mejor la imposibilidad de los modelos analíticos cognoscitivos, debemos de entender las herramientas utilizadas por ellos. Para interpretar los hechos y el derecho, Kelsen creó dos tipos de categorías distintas para darle sentido a su propia teoría, el *sein* y el *sollen*, que en español se le ha denominado como el ser y el deber ser, entendiendo al ser como un mundo de relaciones naturales causales, que se rigen por leyes inflexibles, mientras tanto, el *sollen* está precedido por el mundo de la cultura, de la artificialidad y mano del hombre.²⁵¹

Si bien, Kelsen parte de una postura kantiana que entiende la diferencia entre el ser y el deber ser, sin embargo, se aparta de Kant cuando se concibe una idea de justicia a partir de las leyes naturales proporcionadas por el *sein*. Como bien menciona Andrej Kristan: “*Kant consideraba imperfecto el conocimiento del mundo físico, la verdad moral era para él un absoluto aprehendido a priori por la razón, y que podía ser expresado en la forma de un imperativo categórico o de un inamovible derecho Natural*”.²⁵² Kelsen pensaba que había un error en el pensamiento kantiano, para él, Kant creía que la relación entre la condición y la consecuencia del deber ser, no era una idea trascendente de la metafísica, colocándola como una categoría lógica, que permitía comprender la realidad natural (causa-efecto), lo cual estaba de acuerdo, sin embargo, Kant también creía que el deber es una categoría moral y no una categoría lógica, por ende la idea moral debía imperar en la relación, “condición-consecuencia”, Kelsen negaba que esto pudiera ser así ya que el deber ser no era una idea moral, sino un criterio lógico deductivo y achacaba este error a que la teoría kantiana estaba inspirada en un derecho natural desbordado.²⁵³

Por lo tanto, Kelsen desechó la postura de Kant, porque para fundar su teoría pura del derecho, requería alejarse de la deducción del mundo físico en conjunto de la moral, para remplazar esta idea, Kelsen utilizó la postura de David Hume, el cual mencionaba que las reglas

²⁵⁰ Kristan Andrej, *Desde el Estado hasta la ideología judicial, antimanual*, Perú, Palestra Editores, 2017, pp. 62-66.

²⁵¹ Forsyth, Christopher F., y Johann E. Schiller. “The ‘Sein’, the ‘Sollen’ and the ‘Nichtsein.’” *ARSP: Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 1979, vol. 65, no. 4, pp. 475–482. Disponible en: www.jstor.org/stable/23679301.

²⁵² *ibidem*, p. 64.

²⁵³ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit, p. 55.

morales y jurídicas son relativas, y están construidas a partir de opiniones subjetivas de los seres humanos, por ello, el orden moral no puede ser deducido al mundo físico.²⁵⁴ Hume en su obra “*El tratado de la naturaleza humana*”, buscaba contraponerse a la filosofía de su época.²⁵⁵ Para Javier Saldaña Serrano, esta obra es un canon para la separación del derecho y la moral, por tres razones:²⁵⁶

- 1) Propone una crítica de la concepción del mundo hasta su época, una propuesta distinta del derecho en contraposición del naturalismo racionalista.
- 2) Propone que los juicios morales de los hombres son meros sentimientos.
- 3) Advierte de la falacia que significa pasar del ser al deber ser.

Para Kelsen, estos postulados fueron de gran importancia, ya que le permitían argumentar que las normas (deber ser) no derivaban de hechos concretos (ser), sino de una norma superior llamada fundamental, esto dotó de sentido a la unidad, jerarquía y validez, a todo sistema normativo.²⁵⁷ De tal manera, que una “*Una norma no es un juicio sobre la realidad y por ende no es susceptible de ser verdadera o falsa, en el sentido anteriormente señalado. Una norma es válida o no lo es.*”²⁵⁸

A partir de esto, el análisis del sistema kelseniano quedaría atado a determinar la validez normativa a partir de la norma suprema. Como el mismo Kelsen mencionó, “*La razón o fundamento de validez de una norma está siempre en otra norma, nunca en un hecho. La búsqueda del fundamento de validez de una norma no nos conduce a una realidad, sino a otra norma.*”²⁵⁹

Kelsen en su idea de crear una metodología pura del derecho y separarlo de cualquier estudio no jurídico, tomó de referencia a George Edward Moore. Este autor buscaba encontrar un método que separase la ética de disciplinas como la psicología o la sociología, para ello usó la

²⁵⁴ Kristan, Andrej, op. cit. p. 66.

²⁵⁵ Hume, David, *El tratado de la naturaleza humana*, trad. de Vicente Viqueira, Libros de la red diputación de Albacete, 2001. Disponible en: <https://www.dipualba.es/publicaciones/LibrosPapel/LibrosRed/Clasicos/Libros/Hume.pm65.pdf>

²⁵⁶ Saldaña Serrano, Javier, *De nuevo sobre la ley de Hume y la falacia naturalista, las respuestas de Carlos I. Massini Correas*, México, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2016, p. 133, disponible en : <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4281/9.pdf>

²⁵⁷ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y el Estado*, cit., p. 130.

²⁵⁸ *idem.*

²⁵⁹ *idem.*

famosa “falacia naturalista”.²⁶⁰ Saldaña Serrano Javier señala que la obra de Moore contiene características muy peculiares respecto de los anterior:²⁶¹

- 1) Se hace uso de la falacia naturalista, la cual señala la imposibilidad de definir conceptos éticos como lo bueno, lo malo, por tener carácter metafísico y solo ser identificados por acciones.
- 2) La obra propone un utilitarismo ideal.

Respecto del primer punto, Moore menciona que términos como lo bueno o lo malos, son simplemente nociones, tan parecidas como la apreciación de los colores, no se puede dar una definición precisa del concepto, ni explicarse de ninguna manera, solo podemos tener noción de ellos en contextos determinados que requieran una acción objetiva.²⁶² Por ejemplo, no puedo definir lo que es bueno o malo de manera abstracta, sin embargo, puede saber si un acto es bueno o malo a partir de un contexto determinado.

Kelsen retoma la postura de Moore, separando al derecho de explicaciones metafísicas y racionalizando su estructura, para él, el *Sein* es un concepto que engloba la realidad del derecho, explicando las razones políticas, económicas, sociológicas o hasta religiosas, que hay detrás, por ejemplo, el *sein* puede explicar las razones por las cuales un legislador decide optar por una redacción específica de una norma y no por otra, o intenta responder cuáles son los efectos de su decisión.²⁶³ Por lo anterior, el *Sein* es producto causa efecto de la naturaleza del mundo factico, caso contrario es el *Sollen*, el cual es identificado como la concepción de derecho a partir de la ciencia jurídica, la cual permita describir las norma jurídica, así como las prescripciones que afirman como debe comportarse el sujeto. De tal manera que los individuos están en condiciones para realizar juicios de valor jurídico y no moral, respecto del grado de obediencia que existe entre una ley y un sujeto obligado por esta.²⁶⁴

Asimismo, la separación entre el hecho y el derecho encuentra cabida en una interpretación cerrada en sí misma, como la kelseniana, determinada por la Norma fundamental que prescribe el

²⁶⁰ Kristan, Andrej, *Desde el Estado hasta la ideología judicial*, op. cit., pp. 64- 65.

²⁶¹ Saldaña Serrano, Javier, op. cit., p. 136.

²⁶² “good is a simple notion, just as yellow, is a simple notion; that, just as you cannot, by any manner of mean explain any one who does not already know it, what yellow is, so you cannot explain what good is. Definitions of the kind that i was asking for, definitions whixh describe the real nature of the object or notion denoted by a Word, and which do not merely tell us what the word is used to mean, are only posible when the object or notion in something is something complex” Moore Edward, George, *Principial Ethics*, London U.K, Cambridge University Press, 1922, p. 7.

²⁶³ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., p.62.

²⁶⁴ ibidem, p. 21.

proceso de producción normativa. En tal modelo, los métodos clásicos, especialmente los sistemáticos, literales y de subsunción, toman lugar, quitando el gran peso que representa el ejercicio argumentativo para la resolución de casos fuera de la norma.

2.2.3 La relación entre los hechos, los casos y el derecho.

Existe una relación entre los hechos, los casos y el derecho, la cual conlleva un grado de implicación respecto de lo anteriormente escrito. Primeramente, mencionar que existe una diferencia abismal entre lo hechos y los casos, a ella se debe que pueda ser diferenciada una interpretación mecánica de una que no lo es.

Muchas veces se ha dicho que la interpretación jurídica es un ejercicio intelectual que tiene por objetivo la aplicación de reglas preexistentes a un hecho que puede dar pie a un caso jurídico. Así da lugar a un sistema creado para preservar los criterios de validez, los cuales determinan que derecho debe ser reconocido para su aplicación y replican una vinculación jerárquica entre la Constitución, por contener el proceso de creación normativo, y una ley ordinaria, solo de esta forma se puede concebir la una unidad del ordenamiento jurídico, así como concebir el principio de no contradicción.²⁶⁵ Esto ha desencadenado que los casos concretos sean colocados en un segundo término, obligando al juez a tomar la visión unilateral de la interpretación, por ende, él no interpreta hechos, sino que los conoce a partir de un reconocimiento normativo hecho con anterioridad al surgimiento de los hechos que dan lugar al caso, en pocas palabras, el juez solo conocen descripciones de supuestos de hecho y no de hechos verdaderos.²⁶⁶

Esto conlleva al establecimiento de la relación “Juez-ley”, la cual se desentiende de los hechos presentes en la realidad fáctica, lo que permite separar el deber ser del ser, en consecuencia, la actividad jurisdiccional se reduce al campo de la ciencia del derecho mediante un enfoque deductivo.²⁶⁷ Sin embargo, esto es erróneo, puesto que los hechos necesitan de ejercicios inductivos que partan del conocimiento de un fenómeno individual a un conocimiento general, como bien lo explica Manuel Atienza, ” *un hecho no puede verse como el producto de una deducción, sino de una inducción, la conclusión de este razonamiento no puede tener nunca valor de certeza sino de probabilidad.*”²⁶⁸

²⁶⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia, tres capítulos de justicia constitucional, cit.*, p. 153

²⁶⁶ Atienza, Manuel, *Cuestiones judiciales*, 2ª ed., México, Editorial Fontamara, 2016, p. 26.

²⁶⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia, tres capítulos de justicia constitucional, cit.*, p. 154.

²⁶⁸ Atienza, Manuel, *Cuestiones judiciales, cit.*, p. 27.

Los hechos, al carecer de certeza y derivar de la probabilidad, provocan que la deducción sea un método inoperante, sin embargo, la postura se ha mantenido hasta el día de hoy, para muchos juristas el derecho debe dar una respuesta certera, concreta y exacta, de manera similar a la matemática.²⁶⁹

Al respecto de lo anterior, esta disciplina siempre ha sido muy atractiva para el pensamiento analítico, debido a que abre la posibilidad de desarrollar teorías cerradas que difícilmente puedan ser desacreditadas por la exactitud del resultado. En el derecho se dio un intento de implicar la matemática en conjunto de la jurisprudencia, ya lo mencionó Zagrebelsky, las proposiciones jurisprudenciales derivan de un enfoque lógico, produciendo proposiciones válidas, las cuales tienen valor independiente de la circunstancia, al igual que las matemáticas, las cuales colocan un valor numérico con independencia a quien los use.²⁷⁰

Lo anterior traería aparejados métodos interpretativos, tales como la subsunción y el silogismo jurídico de los cuales ya se habló someramente en el primer capítulo de este trabajo de investigación, pero que, por su relevancia, vale la pena profundizar.

2.2.4 Los métodos interpretativos de la concepción unilateral

Tradicionalmente en el mundo jurídico se ha utilizado distintas técnicas derivadas de la concepción unilateral, con el fin de interpretar y llevar a cabo las peticiones de los individuos hacia una autoridad. El ejemplo más claro es el silogismo jurídico, el cual conlleva una carga de pensamiento lógico, derivado de un ejercicio deductivo. Esta concepción quedó válidamente aceptada por el gremio de juristas a principios del siglo XX, pero dejaría de ser una opción viable, una vez que los teóricos dedicados a la argumentación superaran esta vaga noción a inicios de los años setenta, como, por ejemplo; Robert Alexy, Neil Mac Cormick, Manuel Atienza, entre otros. En México pasaría lo contrario, el apego al positivismo formalista provocó que a finales del siglo XX, todavía se viera al silogismo como un método viable para la resolución de cualquier tipo de caso, sin importar si era fácil o difícil, como pueden mostrarse en algunas tesis de la novena época.²⁷¹

Los problemas jurídicos eran presentados a partir de una dinámica deductiva, dejando de lado la realidad, de esta manera, el juez solo podía conocer de situaciones típicas enmarcadas en

²⁶⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia, tres capítulos de justicia constitucional, cit., ídem.*

²⁷⁰ *ibidem*, p. 68

²⁷¹ Tesis 3ª./J.6/94, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Octava Época, tomo XIII-marzo, p. 19.*

una disposición normativa, para Zagrebelsky, esto resultaba muy problemático, porque eliminaba la posibilidad de resolver una situación de hecho y creaba una falsa sensación de que debe excluirse razones externas a la norma, con el fin de no afectar la certeza jurídica.²⁷²

Por lo tanto, la utilización de métodos como el silogismo jurídico, trajo consigo la reproducción de estas dinámicas unilaterales, con el objetivo de justificar actos de autoridad y a su vez, controlar la validez de la disposición normativa, como bien señala Manuel Atienza, “*el silogismo no pretende describir un razonamiento sino controlar la validez y de ahí que ofrezcan modelos ideales. Pertenecen no al contexto de descubrimientos de los razonamientos, sino al contexto de su justificación*”.²⁷³

Es importante aclarar que el silogismo, no busca distinguir entre un acto verdadero del que no lo es, en esta misma línea, Paolo Comanducci menciona que el silogismo jurídico debe ser entendido como una justificación normativa y puede ser de dos tipos.²⁷⁴ El primero es el silogismo formal, el cual busca la relación entre las premisas y la verdad, y el segundo es el silogismo práctico, el cual está compuesto de premisa mayor, menor y resultado, siendo que la premisa mayor y el resultado, están condicionados por la disposición normativa, por lo tanto, no puede existir en este método interpretativo verdad o falsedad, sino solamente validez.²⁷⁵

Respecto del silogismo formal, cabe mencionar que funciona en razón de la generalidad, produciendo un razonamiento verdadero para sí mismo, para el silogismo formal no es de interés que su razonamiento empate con la realidad. Por su parte, el silogismo práctico, está condicionado por la premisa mayor, por lo tanto, no son verdaderos hechos, sino hechos predispuestos en una norma, con el fin de dotar cierta validez para su aplicación.

Autores como Michele Taruffo, mencionan que la teoría del silogismo debe de ser abandonada en su totalidad, porque es “*base en la negación de la naturaleza lógico-racional de la actividad del juez*”.²⁷⁶ Taruffo, al igual que los autores anteriores, ve en el silogismo, la imposibilidad de diferenciar al hecho del derecho, al respecto, el autor ha referido que al momento de estudiar un caso y aplicar la norma, utilizando el silogismo, existen dos momentos, el primero

²⁷² Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia, tres capítulos de justicia constitucional*, cit., p. 155

²⁷³ Atienza, Manuel, *Cuestiones judiciales*, cit., p. 34.

²⁷⁴ Comanducci, Paolo, *Razonamiento Jurídico, elementos para un modelo*, trad. de Pablo Larrañaga, Editorial Fontamara, 1999, pp. 62-63.

²⁷⁵ *ibidem*, p. 63.

²⁷⁶ Taruffo, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, trad. de Lorenzo Córdova Vianello, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 142.

reside en la identificación de los hechos, limitados a causa de una premisa mayor, y en segundo lugar, su calificación de los mismos, en pocas palabras, el silogismo solo puede funcionar cuando aparece un suceso enmarcado en una ley y puede encuadrar con esta, esto hace que la premisa mayor contenida en la ley, se sobreponga a todo el juicio deductivo, llevándose consigo a la premisa menor.²⁷⁷

En resumen, se puede mencionar que el silogismo jurídico ha dejado de ser un mecanismo viable en sede judicial, cuando se tratan de casos difíciles, ya que se limita a cuestiones de puro derecho, sin tomar en consideración los hechos que puedan estar fuera de la disposición normativa, esto confirma que la concepción unilateral del derecho no puede resolver cuestiones que conllevan cierta complejidad, ya que se olvida de elementos de importancia.

Es de suma relevancia el estudio de nuevos métodos interpretativos, los cuales hagan un real contraste con la realidad y no la ignoren, que no se encierren sobre sus mismos criterios y acepten los hechos fácticos que pueden rodear un caso. No está de más mencionar el gran atraso que ha sufrido el derecho en México, sobre estos temas, sin embargo, poco a poco ha comenzado a desaparecer, posterior a la Reforma de derechos humanos y amparo de 2011, ha aparecido un interés renovado por encontrar nuevas maneras de entender el derecho. Por ende, la dogmática jurídica y la explicación conceptual, están siendo sepultadas por las nuevas teorías de argumentación jurídica, a favor de la construcción de un Estado constitucional de derecho y la materialización de la justicia constitucional.

Es precisamente por esto, la importancia de dotar de fuerza teórica y práctica a la Constitución y en especial a los Tratados Internacionales, con el objetivo de que puedan ser aplicados por cualquier autoridad en el ámbito de sus competencias. Pareciera ser que tenemos un gran reto por delante, para cambiar toda una cultura jurídica que hace oídos sordos a la realidad que le acecha. De esta manera podremos construir un país con instituciones democráticas, fuertes y con gran capacidad de respuesta, ante las necesidades sociales.

2.3 La Concepción bilateral.

A diferencia de la concepción unilateral, la “concepción bilateral” parte de una base metodológica que permite resolver la contradicción entre los hechos de un caso y la norma. Dicha base se encuentra en la función judicial con base en los principios constitucionales, los cuales permiten

²⁷⁷ *ibidem*, p. 144.

al juzgador cuestionar al derecho a partir de casos concretos determinados por hechos no previstos en la norma.²⁷⁸

Esto marca el inicio de un proceso argumentativo que cuestiona la incongruencia, la arbitrariedad y la rigidez de la ley, dando pie a la construcción de un positivismo crítico con el fin de materializar los párrafos de la Constitución, sobreponiéndose a la voluntad general.

De tal forma que, para preservar el sentido de justicia constitucional, los enunciados tópicos más injustos y reductores del sistema, pierden toda credibilidad, y son dejados de lado. El derecho, por ende, ya no puede ser entendido sin un caso que permita cuestionar el contenido normativo, lo que permite abandonar la relación interpretativa asumida por la relación “Ley-Juez”, formando una nueva, consistente en el “Accionante-Juez-Ley”, así, los derechos de las personas, pasan a ser la parte central de la interpretación.

En este sentido, el juez dejó de ser poseedor y aplicador de un juicio sistemático mecanicista, transformándose en un juez protector de derechos, consciente de las problemáticas que enfrenta quien acude a un tribunal. Para Ronald Dworkin, esta diferencia marca la diferencia entre un mal juez y uno bueno, “*El mal juez, es el juez rígido y mecánico que hace cumplir la ley para beneficio de esta, sin importarle la miseria o la injusticia o la ineficiencia que provoque. El buen juez prefiere la justicia a la ley.*”²⁷⁹

Tenemos pues, la existencia de dos posturas determinadas por la interpretación, por un lado, está el juez que tiene una posición conservadora ante la interpretación y del otro, está el juez progresista, quien es aquel que no se desentiende de la realidad, por el contrario, busca las soluciones más justas, adecuadas a la situación del peticionante.

2.3.1 Origen. (el derecho como experiencia)

El derecho como experiencia, toma como postulados la integración de los casos judiciales de relevancia, los cuales representan una oportunidad de corrección del propio sistema jurídico. Esta metodología basada en casos, deriva de la naturaleza del derecho anglosajón, si bien en esta investigación ya se ha abordado la perspectiva empirista del derecho inglés que da pie al análisis de los casos, no se ha explicado a detalle los eventos históricos que dieron lugar a este tipo de análisis.

²⁷⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia, tres capítulos de justicia constitucional, cit.*, pp. 156- 157.

²⁷⁹ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia, cit.*, p. 20.

El origen propio del derecho como experiencia, parte del sistema jurídico de Reino Unido, por extraño que pudiera parecer, este país nunca pudo separarse de la edad media del todo, a diferencia de países como Francia, que arrancaron de raíz cualquier poder aristocrático representado por la Monarquía. Mientras en la Europa continental llevaban a la guillotina a sus Reyes, Inglaterra pareció apegarse a la tradición, modificando con el tiempo sus instituciones constitucionales como la Monarquía y el Parlamento, como menciona Gustav Radbruch, “*Así el parlamento inglés ha desarrollado se ha desarrollado directamente de la representación estamental de la edad media, mientras que en el continente los estamentos fueron destruidos por el absolutismo y sólo después fue este sustituido por el Estado liberal*”.²⁸⁰

Si bien, los estamentos fueron en un inicio el parteaguas para la construcción de un Parlamento representativo, no lo fueron del todo, esto es así porque en el siglo XIII, no existían figuras colectivas, tales como el pueblo o la nación.²⁸¹ Lo que realmente representa el modelo historicista inglés en cuanto al medioevo, es un contrato de dominación, Fioravanti menciona que: “*los contratos de dominación son aquellos que sirven para reforzar las respectivas esferas de dominio, la del señor y la de los estamentos*”.²⁸² Por lo tanto, los estamentos pasaban a ser solo consejeros subordinados completamente al rey, con posterioridad irían tomando una postura autónoma respecto de la autoridad suprema.

Inglaterra resistió con su modelo empirista a pesar de la introducción de la tradición románica a la isla, esto se debió a dos razones. Primeramente, los ingleses eran muy apegados a sus costumbres e instituciones y segunda, los juristas del momento no necesitaban instrucción legal, ya que los jueces salían del pueblo y aplicaban soluciones que les parecían justas, tomando de referencia casos similares resueltos en el pasado. Para ejemplificar la primera de estas razones, se encuentran en la oposición de los estamentos en Merton, donde se negaron a aceptar el derecho canónico romano respecto de la legitimidad de los hijos, “*Los estamentos seculares se niegan a modificar las leyes del país, conservando ahora su uso*”.²⁸³ Respecto del segundo punto, cabe mencionar que nunca fue necesario instruir al gremio de juristas, ya que estos se guiaban por las

²⁸⁰ Radbruch, Gustav, “Der geist des englischen rechts”, trad.de Fernando vela, *Revista de occidente Biblioteca conocimiento del hombre*, Madrid, 1956, p. 1.

²⁸¹ Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales apuntes de historia de las constituciones, cit.*, p. 23.

²⁸² *idem*.

²⁸³ Radbruch, Gustav, “Der geist des englischen rechts”, *op. cit.*, p. 14

costumbres locales de sus provincias, por lo que el derecho popular se transformó, poco a poco, en derecho docto.²⁸⁴

De esta manera, los ingleses pudieron concebir un sistema propio para la resolución de casos, así como una manera propia de concebir la Constitución. Recordemos que para 1215, apareció la mítica *Magna Charta*, la cual tenía más esencia de contrato que de Constitución, por el hecho de que buscaba imponer un orden a la sociedad feudal en cuanto a las tareas que debía realizar cada individuo perteneciente a esta. Asimismo, aparecieron a la par, las primeras cláusulas limitativas al poder del Rey respecto de la tributación y el primer contrapeso al poder monárquico, llamado "*consilium regni*".²⁸⁵ Tal concilio tenía una verdadera esencia representativa de las regiones del reino, como menciona Fioravanti, el rey ya no estaba solo, al menos en los momentos más críticos, lo que evidenciaba la existencia de una comunidad política compleja, sustancialmente unida, capaz de asegurar cierta legitimidad y certeza al ejercicio del poder público.

Al respecto y como resultado de la aparición de la Carta Magna, comenzaron los primeros estudios serios del derecho inglés, entre los grandes autores ingleses, encontramos a Henry de Bracton, quien tuvo especial interés por estudiar la manera en que se entendía la ley, para el jurista inglés, la ley era producto del consentimiento burgués; del compromiso de la comunidad política y de la voluntad del Rey.²⁸⁶ Estas tres voluntades combinadas, daban como resultado que cada poder público conociese hasta donde debían llegar sus potestades, como, por ejemplo, el Rey, a quien casi se le reconocía una potestad casi absoluta, debido a que fungía como eje rector de unidad e integridad del reino, debía ejercer su poder de manera limitada, no solo hacia los estamentos, sino también a ciertas reglas que enmarcan derechos como el debido proceso, de ahí la importancia de la estructura político social en el medievo.²⁸⁷

Respecto del *consilium regni*, se transformó de manera radical en los siglos posteriores al establecimiento de la *Magna Charta*. Tradicionalmente el concilio solo podía reunirse cuando el Rey lo depusiera, vía convocatoria, y sólo en situaciones meramente críticas, esto cambió radicalmente en el siglo XIV, donde se institucionalizaría el parlamento inglés, siendo dividido

²⁸⁴ *ibidem*, p.15.

²⁸⁵ Fioravanti, Maurizio, *Constitución de la antigüedad a nuestros días, cit.*, p. 48

²⁸⁶ Bracton, Henry, *De legibus et consuetudinibus angliae*, De G.E Woodbine, New Haven, 1915-1942 citado por Fioravanti Maurizio en *Constitución de la antigüedad a nuestros días, cit.*, p. 49

²⁸⁷ *ibidem*, p. 50.

en dos partes, por un lado, los *Lords* y por el otro los *Commons*. A lo anterior, se suman la aparición de los municipios, formados por familias reales que tenderían a constituirse en comunidades políticas autónomas, separadas de todo poder centralizado. Esto representó la nueva construcción de formas alternativas de gobierno, que terminaron por convertirse en una contraposición respecto de los intereses del monarca. Es aquí el punto de quiebre entre el Parlamento, el Rey y las demarcaciones locales, por un lado, el parlamento se transformó en un órgano colegiado que controlaba y aplicaba el derecho constitucional, pero por el otro, el Rey impuso su propia jurisdicción encargada de conocer casos en materia penal y en materia civil.²⁸⁸

A diferencia de los modelos europeos continentales que reconocían una labor separada entre la asamblea y el poder Judicial, el modelo anglosajón delegó el poder Judicial y de revisión legislativa en los *Lords* y el poder de proponer iniciativas de ley en los *Commons*, los cuales, en conjunto, constituyeron el Parlamento, de manera que pudieran confrontar las arbitrariedades del Rey y controlar su poder. Esto fue así hasta el año 2005, donde se constituyó un tribunal autónomo y constitucional, así como un Consejo Judicial, para delegar la función jurisdiccional realizada por la cámara de los *Lords*. Respecto de esta función que poseía el Parlamento, Zagrebelsky menciona que “*La naturaleza del parlamento como órgano de garantía para las libertades inglesas era acorde con una concepción de la actividad parlamentaria más judicial que política. El parlamento podía considerarse un tribunal judicial*”.²⁸⁹

Por lo tanto, se puede concluir que el Parlamento creaba normas de dos distintas maneras, desde el derecho legislado y desde el conocimiento de casos prácticos, esto a su vez dibujaba la distinción entre deducción (*scientia iuris*) e inducción (*iurisprudencia*). Esta explicación solamente abarca la función de la Monarquía en relación con el Parlamento, sin embargo, no fueron los únicos poderes en presentar un desarrollo progresivo, el poder Judicial también hizo su aparición con antelación al de los estamentos, dividiendo las jurisdicciones y los ámbitos competenciales. A la muerte del rey Enrique I y la sucesión al trono de Esteban, se acentuó el conflicto entre el poder real y el poder local, a finales del reinado de Esteban (1154), Enrique II buscó centralizar el poder de una vez por todas y controlar el índice delictivo en Inglaterra.²⁹⁰

²⁸⁸ *ibidem*, p. 51-52.

²⁸⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia, tres capítulos de justicia constitucional*, cit., p. 101.

²⁹⁰ Cosío Díaz, José Ramón, *Constitución, Democracia y jurisdicción electoral*, México, Editorial Porrúa, 2010, pp. 80-81

Conforme a lo anterior, se reformó la estructura judicial del reino de Inglaterra, partiendo a la jurisdicción en tres órdenes; el orden local; el feudal; y el real. Respecto del orden local, los primeros que debían conocer un caso en concreto, eran las *hundred courts* y en un segundo término, las *Shire courts* que funcionaban como tribunales de alzada. Respecto del orden feudal, se destacan los *manors*, cada uno con un *lord* a la cabeza, y como segunda instancia las *seignorial courts*, sujetas a un *Chief lord*. El último orden, llamado real, estaba representado por la *Court of Common Pleas*, la cual se componía por 5 personas que habitaban la provincia de Westminster y estaban al servicio del Rey. Esta corte funcionaba por medio de los *writs*, formularios que cualquier persona podría comprar al canciller de la ciudad, los cuales debían ser presentados ante el *sheriff* quien a su vez, sometía la petición a las Cortes reales.²⁹¹

Respecto de esta última jurisdicción del orden real, fue modificándose con el paso del tiempo, hasta llegar convertirse en *equity*, una jurisdicción donde el juez no requiere de jurado alguno y donde el juez suele usar la discrecionalidad para la resolución de los casos, este orden compitió ferozmente con los otras que componen el *Common law* hasta el año 1873, cuando todos los órdenes se unieron alrededor del poder Judicial.²⁹² A pesar de dicha unificación en un solo poder, todavía existe la diferencia procesal, por lo cual un actor puede decidir si lleva su caso por la vía el *Common Law* o si lo hace por la *Equity*.

Tanto el Parlamento como el poder Judicial ordinario, asentaron las bases para desarrollar metodologías únicas, con el fin de que pudieran dar respuesta a los casos judiciales que se presentaban con independencia de las normas y estatutos. Así, apareció el *Case-Law*, instituyéndose a partir del empirismo y la inducción.²⁹³ Al respecto Radbruch menciona, “*El pensamiento inglés no estriba en violentar los hechos por la razón, sino busca la razón de las cosas; para él, la razón nace de la naturaleza de las cosas.*”²⁹⁴ En el mismo sentido, autores como Maitland aluden lo siguiente, “*Stumbling foward in our empirical fashion blundering into wisdom*”²⁹⁵ (seguir tropezando a nuestra manera empírica , y finalmente equivocándonos, llegar a la sabiduría).

²⁹¹ *ibidem*, p. 83.

²⁹² Radbruch, Gustav, “Der geist des englischen rechts”, *cit.*, p. 55.

²⁹³ *ibidem*, p. 17.

²⁹⁴ *ibidem*, p. 18.

²⁹⁵ Maitland Federic William, *The collected papers of Frederic William Maitland downing profesor of the law of England*, England, Cambridge: at the university press, 1911, Vol II, p. 439.

Por esta razón, los juristas ingleses colocaron en un segundo término a las metodologías basadas en la aplicación estricta de la norma. En cambio, los métodos interpretativos del *Case-Law* nacieron del ensayo y el error de las decisiones pasadas aplicadas para casos actuales, cuyas resoluciones eran codificadas en varios volúmenes llamados *law reports*. Estos tienen su origen en la tradición medieval anglosajona del *Sachsenspiegel* (El espejo de Sajonia), la cual tenía por objetivo eliminar la inseguridad jurídica, con el tiempo, dicha tradición desembocó en los primeros libros especializados en determinadas materias, los llamados *Books of Authority*, que aparecieron con el fin de recopilar los casos más importantes de su tiempo y ayudar a los estudiantes de derecho, así como a los jueces a resolver sus casos, siendo Bracton y Coke los máximos exponentes de esta tradición pedagógica.²⁹⁶

Siguiendo la idea anterior, el Juez debe de utilizar los precedentes necesarios para poder formular su sentencia. Estos instrumentos derivan de tribunales superiores y son obligatorios cuando resuelven casos análogos, a esto se le ha llamado la *Ratio Decidendi* y sirve como método para legitimar el precedente. Cabe mencionar que en el sistema inglés, existen criterios orientadores a los cuales, se les ha denominado *Obiter Dictum*, los cuales carecen de obligatoriedad y son considerados criterios complementarios.²⁹⁷

El juez inglés se ve obligado a realizar una operación empírico-inductiva, por lo tanto, para resolver un conflicto jurídico ya no es necesario remitirse en un primer momento a la norma jurídica, sino a los hechos concretos del caso que puedan desembocar en el seguimiento de determinados precedentes o en un cambio radical de interpretar la cuestión, lo que motivará la decisión judicial.

2.3.2 La importancia del caso en el derecho.

El método inductivo-empírico, ha abierto la puerta para resolver dos problemáticas, la primera reside en la superación de la ley de Hume y la segunda, se respalda en las nuevas maneras de concebir el derecho. Respecto del primer punto, podemos mencionar que los casos traen consigo una postura que permite destrabar el conflicto de la separación entre el ser y el deber ser.

Sí bien, en la concepción unilateral, el ser había sido una parte secundaria separada del deber ser, esto es apartar la realidad fáctica de la norma, que, a su vez, induce a una interpretación deductiva que va de lo general a lo particular, nunca pudo consolidarse como una respuesta

²⁹⁶ Radbruch, Gustav, "Der geist des englischen rechts", *cit.*, p. 57.

²⁹⁷ *ibidem*, p. 58.

satisfactoria al quehacer judicial. Por su parte, la concepción bilateral buscó crear un puente entre ambos conceptos, para ello, tomó en consideración a los hechos concretos de un caso y a partir del uso de principios axiológicos, se construyó una metodología satisfactoria que pudiera dar respuesta a los hechos no descritos en una norma, sin ocupar el lugar del legislador. Como menciona Zagrebelsky, " *El derecho tiene que atender a los hechos humanos, comprensibles de un modo totalmente diferente, es decir, según categorías de sentido y de valor. Proporcionando al intérprete del derecho los casos que se debe de regular jurídicamente*".²⁹⁸

La presión de los casos se hizo evidente en las nuevas maneras de resolver los conflictos judiciales, ya que, a diferencia de los hechos enmarcados por vía normativa, los hechos no previstos, traen consigo problemáticas normativas que requieren de una valoración especial. Autores como Engisch, mencionan que las leyes están construidas para que las autoridades fundamenten sus decisiones a través de mecanismos de interpretación simple, como la subsunción, sin embargo, su contenido se revela a través de la interpretación de las mismas, teniendo que realizar de valoraciones autónomas a partir de hechos no contemplados que hagan cuestionar al operador sobre el curso que debe tomar su acción.²⁹⁹

De esta percepción valorativa del caso, se tienen algunas posturas que son de gran interés, como podría ser el caso de Ronald Dworkin. Para quien el problema de la interpretación radica en lo que se entiende por derecho, al respecto de lo anterior, él ha llamado a una de estas posturas equivocadas de entenderlo, como el "hecho evidente".³⁰⁰

El hecho evidente es aquella postura la cual menciona que el derecho es aquello que proviene de las instituciones legales, así como los conceptos provenientes de la ley. Para este autor la interpretación no debe residir en sí tal palabra de tal norma significa X o Y, por el contrario, la problemática debe radicar sobre un desacuerdo de moralidad que puede presentar un caso determinado. La postura del hecho evidente es muchas veces sostenida por doctrinarios y abogados que desconfía plenamente de las decisiones judiciales, por estar supuestamente repletas de cargas ideológicas y de discrecionalidad a la hora de juzgar un caso. A esto, los jueces norteamericanos responden que el hecho evidente, solo es una parte de la jurisprudencia formal, pero el verdadero derecho solo puede ser conocido en controversias del orden legal que cuestione

²⁹⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia, tres capítulos de justicia constitucional, cit.*, pp. 159-160.

²⁹⁹ Karl, Engisch, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1967, p. 139.

³⁰⁰ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia, cit.*, p. 19.

valores, no conceptos. Respecto de los incrédulos de la casuística, Dworkin menciona que dichos personajes, “Sostienen a menudo que no hay respuestas correctas sino respuestas diferentes a las difíciles preguntas del derecho, que la perspicacia al fin es subjetiva, de solo lo que parece correcto para mejor o para peor”.³⁰¹

Es importante entender que el hecho evidente es una postura contradictoria, ya que dicha teoría es la simplificación del formalismo jurídico y el realismo jurídico; las cuales el autor rechaza. Dworkin señala que el formalismo debe ser desechado por solo estar determinado a partir de una visión descriptiva dentro de una disposición normativa. Respecto de la segunda, debe ser rechazada por carecer de una explicación razonable de la interpretación del juzgador. Con el fin de dar una explicación coherente de lo que hacen los jueces, Dworkin menciona que ” *Necesitamos disciplinar la idea del derecho como una habilidad, para ver como la estructura del instinto judicial es diferente de otras convicciones que la gente tiene sobre el gobierno y la justicia*”.³⁰²

Para alejarse de las posturas epistémicas antes referidas, se debe de entender al derecho como un fenómeno que se aparta de los fenómenos sociales convencionales, para Dworkin, el derecho como práctica debe distanciarse de conceptos sociológicos e históricos, por carecer de realismo social.³⁰³ Para el autor, no interesan cuestiones como la influencia que pueda ejercer un modelo económico sobre las decisiones judiciales; esto se debe a que el derecho se concentra en una determinada estructura argumentativa que se hace valer por medio de los casos. Es de especial interés señalar que los hechos concretos que dan lugar a los casos judiciales, revelan, por sí mismos, reclamos sociales respecto de los derechos constitucionales que no están siendo protegidos.

Si bien, no interesa las razones históricas o sociológicas a la hora de esgrimir un argumento para un caso concreto, sí es de importancia tomarlo en consideración desde una perspectiva académica, la cual pueda explicar el desenvolvimiento de un fenómeno social. Por ello es que se ha de estudiar dicho fenómeno desde dos perspectivas distintas, la primera de ellas se respalda en una visión externa al argumento esgrimido en un juicio y la segunda se respalda en una visión interna, que permita estudiar si los reclamos que se llevan ante el juzgador son acertados o no lo

³⁰¹ *ibidem*, p. 21.

³⁰² *idem*.

³⁰³ *ibidem*, p. 23.

son. Ambas posturas contienen metodologías distintas, pero eso no significa que una no tome en cuenta a la otra, por ejemplo, sería erróneo pensar en una teoría historicista que solo fijara su atención en hechos puramente históricos, sin antes atender a la motivación individual en ese determinado momento que dio pie a un caso paradigmático.

Para otros autores, la importancia del caso reside en el contenido valorativo e innegable de los hechos. Por ejemplo, para Robert Alexy, los casos resultan de gran interés por dos motivos, primeramente, por la posibilidad de solucionar un conflicto social, buscando la legitimidad en la vía judicial. De ahí que se utilice la argumentación como razón suficiente para sustentar una postura que pudiese ser contraria a intereses externos a los peticionantes.³⁰⁴

Respecto del segundo punto, cabe señalar que la valoración judicial de casos, responde a preguntas de peso teórico, tales como, ¿Dónde y en qué medida son necesarias las valoraciones?, ¿Cómo actúan las valoraciones en argumentos calificados?, ¿Son razonablemente fundamentables tales valoraciones? Toda la teoría de Alexy está fijada en responder estas tres preguntas, utilizando distintos métodos de valoración, contrastándolos los unos con los otros, diferenciando sus bases epistemológicas, y por supuesto, realizando críticas respecto de estos métodos.³⁰⁵

Ya se ha hablado mucho sobre la importancia de los casos, es menester hablar de los métodos valorativos de los casos en concreto, para esta tarea, es necesario explicar de nueva cuenta la importancia de la valoración y sus métodos. Cabe mencionar que existen tres métodos distintos para realizar una valoración, la primera de ellas reside en tomar como base los consensos y convicciones de una sociedad determinada, esto se traduce a la valoración del contexto social. La segunda, reside sobre la valoración con base en los textos legales y las decisiones judiciales que ha nacido con anterioridad, la cual ya se ha tocado en párrafos anteriores. La tercera postura, está presente cuando apelamos a un orden valorativo y objetivo, procedente de un naturalismo positivizado, como lo pueden ser los derechos humanos presentes en los textos constitucionales, o en las sentencias de los tribunales constitucionales.³⁰⁶

2.3.3 La valoración en el contexto social.

Esta postura es sostenida por distintos autores que ven en ella cierta relevancia de carácter interpretativo, como, por ejemplo, Gustavo Zagrebelsky quien propone, de manera alternativa,

³⁰⁴ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica, cit.*, p.28.

³⁰⁵ *ibidem*, pp. 28-29.

³⁰⁶ *ibidem*, p. 33.

que la interpretación pueda partir de un contexto social determinado, con el fin de crear consenso entre los distintos actores de la sociedad, respecto de una necesidad determinada y específica, acercándose a un pluralismo de posturas, donde las distintas visiones del mundo puedan coexistir, siempre en una relación de respeto y diálogo.³⁰⁷

Esta referencia por cuanto a las teorías modernas, aparecidas hace 15 o 20 años, sin embargo, este tema siempre ha estado en la mira de los juristas, los orígenes de la valoración social parten a principios del siglo XX, buscando dar una explicación fenomenológica del derecho. En un principio, tuvo buena aceptación entre los teóricos positivistas del derecho, sobre todo en materia penal, buscando explicar los comportamientos del delincuente y su repercusión en las instituciones jurídicas.³⁰⁸ Sin embargo, estas posturas comenzaron a decaer hasta casi dejarse en el olvido, Bobbio explica que la exclusión de la sociología y otras disciplinas como la psicología en el derecho, se debe al cambio al cambio del pensamiento jurídico, en Italia, por ejemplo, aparecieron los primeros detractores de la sociología aplicada a la disciplina jurídica, entre ellos, Petrone, quien expuso un artículo titulado “la elisión lógica de la sociología en la filosofía del espíritu”, según Bobbio, el núcleo de aquel artículo era que una vez asignado el estudio de los fenómenos sociales e históricos particulares a la filosofía, la sociología quedaba sin materia.³⁰⁹

Por lo tanto, se consideró que la sociología debía ser apartada de toda disciplina, entre ellas el derecho. Sumado a lo anterior, apareció la jurisprudencia sistemática, la cual se propuso eliminar cualquier rastro de la realidad social dentro del estudio normativo, viéndose a sí misma como un método de clasificación, comparación y sistematización de aquellos comportamientos expresados por distintas disposiciones normativa, lo que impidió análisis sociológicos de la materia. Este rompimiento fue de gran relevancia, ya que la sociología, al no seguir más al derecho, se integró a otras posturas tales como la política, siendo utilizada como instrumento legitimador de los Estados totalitarios, tanto del orden comunista como fascista y nacional socialista.

Con posterioridad a la segunda guerra mundial y la aparición de Estados legitimados por la democracia. Apareció un interés renovado por la sociología aplicada al derecho, esto con el fin

³⁰⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia, tres capítulos de justicia constitucional, cit.*, pp. 166-170

³⁰⁸ Bobbio, Norberto, *iusnaturalismo y iuspositivismo, cit.*, pp. 67-68.

³⁰⁹ *ibidem*, p. 68.

de estudiar los distintos tipos intereses y posturas de la sociedad, además de fungir como puente entre la realidad y las instituciones jurídicas, como menciona Bobbio: “*donde para gobernar se recurre menos a la fuerza y más a la persuasión se precisa un conocimiento más ajustado de los intereses, las necesidades, las ideas de distintos grupos que componen la sociedad.*”³¹⁰ Asimismo, la valoración de carácter social es de relevancia para construir consensos dentro del cuerpo social, sirviendo como diálogo entre los grupos minoritarios y mayoritarios.

Por ende, se debe profundizar en la cuestión sociológica para poder dar una lectura del trasfondo de los casos en relación a las problemáticas sociales, así como su significado político cultural en algún país determinado, esto puede ser el inicio de una categorización de los valores que se pongan en juego judicialmente.³¹¹

Lo anteriormente dicho, sucede cuando un caso puede contener dos o más distintas maneras de entender los hechos plasmados, lo que atrae polémica; por ejemplo, supongamos que una escuela de nivel secundaria no se permite la entrada a aquellos alumnos que tuvieran el pelo largo, este hecho podría interpretarse de dos maneras. El primer sentido podría justificarse en el hecho de mantener un régimen disciplinario elemental, en el que los estudiantes estén obligados a llevar el cabello corto, como resultado, aparecerá una regla que prohíbe tener cabello largo dentro de la institución educativa. Por el contrario, la segunda postura estaría legitimada sobre un argumento objetivo, el cual le diera preferencia a la autodeterminación del alumno como individuo, por lo tanto, se optará por dejar al arbitrio del alumno la manera en que quiera llevar el cabello, determinando que es irrelevante para el mantenimiento del orden escolar la autodeterminación del estudiante.

Esto confronta dos valores sociales que son contrarios, primeramente, se encuentra el valor disciplinar de las instituciones que ejercen un micro poder con la finalidad de controlar conductas o acciones que creen perniciosas para el alumno o la institución, en segundo lugar, está la autodeterminación y la libertad de decidir la manera en la que el estudiante expresa su identidad ante el mundo.

³¹⁰ *ibidem*, p.71.

³¹¹ Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia, tres capítulos de justicia constitucional*, cit., p. 165.

Como estos casos hay muchos, todo dependerá de las perspectivas con la que se tomen los hechos, para ilustrar mejor los puntos anteriores, se dispondrán de otros dos ejemplos para ser claros en este punto.

Supongamos que en un determinado país se militariza la seguridad pública, esto con motivo de solucionar la grave crisis de violencia que vive la población civil, podríamos mencionar que existen dos posturas distintas sobre el mismo hecho, por un lado, estarán los individuos que crean que militarizar la seguridad pública es el camino óptimo para resolver esta difícil situación de seguridad, sin importar los medios utilizan estos cuerpos militarizados. Por otro lado, podemos encontrar una postura contraria, en la cual los individuos vean un peligro inminente para la libertad de todos, esto a raíz de las tácticas violentas que suelen utilizar estos cuerpos de seguridad para neutralizar a los delincuentes, tales como, la tortura, la desaparición forzada, entre otros.

Pongamos otro ejemplo, como es el aborto, dicho problema puede tener hasta tres valoraciones distintas, por un lado, el aborto puede concebirse como una política de control natal que busque reducir la población de un determinado país, esto desde una razón instrumental, por otro lado, el aborto puede ser concebido como un derecho que tiene una mujer sobre su cuerpo y sobre sus decisiones, esto desde la perspectiva de la madre y por último, el aborto puede ser concebirse como la privación de la vida en cuanto a la posibilidad de que el producto nazca, postura que es sostenida por algunos grupos cristianos.

Los conflictos derivan de la contraposición de visiones que puedan ser encontradas en un caso determinado, Zagrebelsky menciona al respecto: *“La categorización del sentido y del valor de los hechos es lo que promueve la interpretación del derecho, ya que de ella surgen las preguntas a las que el intérprete debe de dar respuesta, deduciéndolas al ordenamiento jurídico”*.³¹²

Aquí es donde comienza el verdadero problema, debido a que esta categorización y valorización se encuentran en la esfera de la subjetividad del juzgador con la posibilidad de caer en la arbitrariedad, por lo tanto, la interpretación debe de estar sustentada en algo objetivo; esta objetividad emana de una visión compartida sobre un hecho determinado por rasgos eminentemente sociales, pudiendo convertirse en un punto de común acuerdo.

³¹² *ibidem*, p. 167.

La cuestión que está alrededor de este tipo de posturas, puede resumirse en una pregunta, ¿Cómo puede hacerse uso de la cultura para darle significado valorativo a un caso concreto? La cual debe ser tomada en cuenta para cualquier caso judicial que se pretenda analizar. Siguiendo las líneas anteriores, puede hacerse mención que el punto esencial de cualquier sociedad está presente en la cultura, porque esta es una herramienta para entender ciertos hechos que pueden afectarla en su conjunto. Esto es demostrado en el pluralismo de posturas que existen respecto de un hecho social, supongamos que existiese una sociedad donde solo una postura fuera sostenida por todos los individuos que la componen, si esto fuera así, estaríamos frente a una sociedad monocultural, la cual sería irreflexiva consigo misma, esto provocaría que cualquier diálogo fuera estéril. Por el contrario, en una sociedad que se diga así misma democrática, deberán permitirse la existencia de distintas posturas referentes un mismo hecho, entonces estaríamos frente a una sociedad pluralista y multicultural.³¹³

Estas posturas tienen un punto de encuentro en los casos judiciales, aquí es donde convergen las distintas interpretaciones del mundo que sostienen grupos contrarios, los cuales buscan que un tercero les dé la razón, de esta manera, la actividad judicial pasa a ser la herramienta que permite debatir sobre temas sensibles y polémicos, contendores de trasfondos valorativos. Ahora bien, si aceptamos la visión pluralista, se podría establecer una esfera pública para el debate de ideas y visiones contrapuestas, encontrando una solución a ellas en el texto constitucional, así como en la actividad judicial que debería funcionar como mecanismo de concreción interpretativa, de tal manera que cada vez que uno de estos grupos decidiera debatir sobre temas polémicos, pudieran remitirse a una respuesta institucional que hubiera tomado en consideración argumentos objetivos para su solución.

Esta última postura reflejada en el párrafo anterior, no está de acuerdo con la visión de Zagrebelsky, porque para él es de relevancia refundar una dogmática con base en una concepción cultura.³¹⁴ Aquí podrían plantearse algunas objeciones concretas al respecto, si se aceptan posturas multidiversas en la interpretación de un hecho social, entonces ¿cómo cabría hablar de una dogmática jurídica?, si esta es una mera descripción de una disposición normativa concreta que acepta solo una postura, por ende, contraria al pluralismo, además, la dogmática solo pretende dar

³¹³ *ibidem*, p. 170.

³¹⁴ *ibidem*, p. 171.

razón al elemento textual de la norma, limitando los criterios interpretativos mencionados con anterioridad.

Para otros autores como Robert Alexy, la postura de la valoración social puede llevar a una interpretación incorrecta, por el hecho de que hay un sin número de posturas y de convicciones sociales, para este autor solo cabría algo así, si se aceptara que no hay manera de objetivizar una valoración de un determinado principio contenido en un texto y expresado en un caso.³¹⁵ El profesor alemán, presenta una serie de objeciones al respecto, la primera de ellas parte de que la valoración de la colectividad, la cual no puede ser determinada con exactitud, ni siquiera utilizando nuevos métodos de estudio de la realidad social, por lo tanto, no son elementos objetivos que puedan servir como base para una decisión judicial.³¹⁶

A esta forma de valoración se suman más problemáticas, como, por ejemplo, ¿cuál de todas las posturas de la sociedad debe ser utilizada en la decisión judicial?, ¿cuál es el criterio para preferir una postura social respecto a otra?, ¿cuál es válida?, ¿por qué es válida? Si bien, no hay un instrumento interpretativo que certifique la validez de una postura social, el juez debe de tomar en consideración este tipo de valoraciones, debido a que la sentencia puede afectar la vida de muchas personas, por lo tanto, la valoración social no puede ser desechada del todo. Es por ello que Alexy menciona lo siguiente, “*se debe de exigir un modelo que, por un lado, permita tener en cuenta convicciones extendidas y los resultados de estas cuestiones jurídicas precedentes y, por otro lado deje espacio a los criterios de lo correcto.*”³¹⁷

En Dworkin, por ejemplo, existe una postura contraria en su totalidad a concebir cualquier postura social que pudiera tener un grupo mayoritario, refiriéndose propiamente a las concepciones utilitaristas que puedan ser contrarias a las libertades, ya que estas buscan imponer las preferencias grupales por encima de cualquier individuo.³¹⁸ Si se adoptara cualquier postura social sin colocarse un límite que racionalizara los objetivos de estas, abriría las puertas a hechos contrarios a la Constitución, imaginemos que una determinada comunidad quisiera resolver los conflictos sociales por medio de la violencia, tomando justicia por propia mano y por todos los

³¹⁵ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 30.

³¹⁶ *ibidem*, p. 31.

³¹⁷ *idem*.

³¹⁸ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., p. 392.

medios posibles. Como es evidente, esta postura extremista pudiera conllevar a una problemática para garantizar el Estado de derecho.

Pongamos otro ejemplo, supongamos que existen grupos mayoritarios que tuvieran por ideología al fascismo y expresaran discursos de odio en contra de quien consideran enemigos del Estado. ¿Acaso el juez deberá tomar estas posturas sociales y estudiar su relevancia en la resolución de algún caso?, la respuesta es de importancia práctica, ya que el juez debe de rechazarlas y limitarlas, debido a que un procedimiento institucional debe estar libre prácticas que contraríen derechos humanos. Esto a su vez, reforzaría la estructura institucional, haciéndola más democrática.³¹⁹

Al parecer con Dworkin, el concepto de derecho individual debe de contrastar con toda percepción utilitarista y contra todo grupo mayoritario que posea una visión cultural.³²⁰ Esta es la mayor garantía de los derechos que un juez constitucional pueda adoptar, por lo tanto, no todas las posturas sociales deben ser utilizadas para la interpretación.

Ya se ha explorado algunas posturas respecto de la valoración social, llegando a la conclusión de que se debe establecer un andamiaje institucional que elimine sistemáticamente las posturas contrarias a los derechos humanos. A partir de ello, se deberá identificar las posturas que son válidas, así como su objetividad y necesidad dentro de la práctica judicial.

2.3.4 La valoración respecto a los principios suprapositivos.

Si bien, ya se ha hablado de la importancia de los principios y las reglas en esta investigación, tendremos que volver a tocar el punto, porque no ha sido esclarecido del todo, más allá de la derivación de algunos casos y sus formas descriptivas. El objetivo de este punto es desentrañar dicha base, desde la perspectiva del derecho y la moral, tocando puntos de unión clave los cuales se han olvidado por completo. Para esto, tomaron distintas posturas respecto de los principios, desde aquellos métodos que se proponen hacer lecturas de carácter moral sobre textos constitucionales, hasta las teorías de derechos fundamentales más consolidadas de corte analítico.

La primera de las teorías que avalan a los principios es la de Ronald Dworkin, quien desarrolló en tres obras fundamentales su concepción respecto de la función de los principios en un ordenamiento jurídico. La primera de ellas es “*Empire of law*”, dicha obra buscó darle una

³¹⁹ *ibidem*, p. 393.

³²⁰ *ibidem*, p. 394.

justificación al uso de la moralidad política en cuanto al derecho se refiere. La segunda es “*The moral reading of the constitution*”, donde nos muestra el método interpretativo y el uso de la moral política puede ayudar a resolver un caso en concreto. La tercera es “*Taking Rights seriously*”, donde nos muestra dos prototipos de jueces, siendo el primero aquel que usa la moralidad política en sus decisiones, en contraposición de aquel que no tiene criterio sobre la moralidad política, dejándose guiar por cualquier convencionalismo legalista u opinión mayoritaria.

El profesor estadounidense, divisa tres posturas respecto de los sistemas jurídicos, las cuales conciben una manera específica de entender el derecho y su función como fenómeno social. Estas posturas son; el convencionalismo, el pragmatismo legal y el derecho como integridad, las cuales giran en función a la relación que existe entre el derecho y el uso de la fuerza.³²¹ Respecto de la primera postura, llamada convencionalismo, se señala que esta es derivada de un enfoque formalista en el cual la ley es ley y debe ser obedecida al pie de la letra, por el hecho de serlo, de tal manera que el juez solo puede realizar aplicaciones mecánicas de la misma.³²² Para esta postura, poco importa la moralidad política, ya que si todo lo relevante está enmarcado en una disposición normativa, poco interesa el desacuerdo sobre los actos justos o injustos dentro de una política o decisión gubernamental; la moralidad política es reducida a un artificio prefabricado de poco interés. La base de este sistema es la concreción exacta de lo dispuesto en la norma, esto es a su vez problemático, puesto que, en textos como la Constitución, no hay una certeza siquiera de los procedimientos constitucionales, por poner un ejemplo mexicano, la Constitución en su artículo 110, marca los requisitos formales para iniciar el juicio político, de manera muy clara, sin embargo, tal proceso no cuenta con los requerimientos mínimos de un debido proceso, como la presunción de inocencia o el derecho a la existencia de la garantía judicial, por tribunal competente e imparcial. Si tomamos de referencia al convencionalismo, solo tendremos en consideración las facultades formales de este procedimiento y será de poca relevancia si se respetan los principios constitucionales en los cuales se funda el Estado mexicano

Para Dworkin, el convencionalismo puede entenderse desde dos perspectivas, por un lado, está el convencionalismo estricto, pero por el otro, está el moderado.³²³ La primera de estas perspectivas tiene por objetivo restringir al derecho de una comunidad, determinando que las

³²¹ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, cit., p. 77.

³²² *ibidem*, p. 90.

³²³ *ibidem*, pp. 97-115.

únicas posturas válidas son las inscritas en la legislación y en los precedentes, de tal manera que debe de haber un apego formal al texto o decisión. Respecto del convencionalismo moderado, se acepta que el derecho es la expresión de la comunidad, lo que se va a debatir es el contenido conceptual de la palabra, más no los hechos que puedan dar lugar a una valoración fuera de la norma, por lo tanto, debe ser desechada.

La segunda postura, llamada pragmatismo legalista, rechaza que el derecho pueda ser expresado por la ley o por las decisiones judiciales anteriores, para el pragmatista, la justificación de su modelo se encuentra en la decisión de las mayorías, catalogándola como justa, por lo tanto, los jueces deben ser la representación de la voluntad popular, resolviendo en conformidad del deseo mayoritario. El problema con esta manera de interpretar las cosas, aparece cuando existen distintas posturas de la sociedad respecto de un mismo hecho. El pragmatismo, pone al juez en una posición incómoda, siendo que tiene que tomar una posición, preguntándose qué es lo que haría a la sociedad feliz y justa. Ellos, además, sostienen que las personas tienen derechos legales, siempre y cuando no afecten a los intereses de las masas, al respecto, se menciona que *“Algunos de ellos se complacieron en hacer declaraciones provocativas al respecto a su posición, el derecho no existe dijeron, o la ley es la predicción de lo que harán las Cortes o lo que el juez tomó como desayuno”*.³²⁴ Dworkin ve a estos individuos como presas de una moda pasajera, que solo sabe hacer reclamos semánticos de la norma.

Para explicar la tercera postura es importante introducirse en el estudio de la moralidad política, para entender a esta, como un método de valoración en cuanto a los principios se refiere.

La relación entre derecho y moral, siempre ha sido una postura muy controversial, primeramente, hemos de preguntarnos, ¿qué deberíamos entender por moral?, ¿existen distintos tipos de moral?, si es así, ¿cuál de estas concordará con el derecho? Para dar respuesta se debe partir de escenarios hipotéticos, supongamos que existe una comunidad la cual ha conceptualizado un concepto de justicia que determina lo correcto y lo incorrecto, esto se ha separado claramente de la ley. Al ser la moralidad una característica pasiva perteneciente a ciertos sectores de la población, no puede considerarse apta para igualarse a algún disposición jurídica, la cual es aplicable para una comunidad en su totalidad.³²⁵

³²⁴ *ibidem*, p. 116.

³²⁵ *ibidem*, p. 78.

En cambio, sí es posible plantearse si las decisiones institucionales del pasado están vinculadas, de alguna forma, con cualquier aspecto de la moralidad. Aquí es importante decir que la justicia juega un papel muy importante, ya que dependerá de la teoría en la que se adscriba el sistema jurídico de esa sociedad, para determinar la forma en que se adjudicarán los derechos constitucionales y el lugar que debe ocupar cierto principio de moralidad.³²⁶

El sentido de justicia y su significado, aparece cuando se pregunta respecto de las decisiones políticas del pasado y los casos actuales. Según Dworkin la problemática radica en cómo se deberá entender el sistema de precedentes para un determinado caso, si se debe entender como un conjunto de reglas formuladas por jueces anteriores ante casos análogos, o por el contrario, se debe entender desde una postura del derecho natural, la cual integra la visión de la teoría política como fórmula interpretativa, aquí el debate no será si un concepto significa tal o cual cosa, sino cuál de los modelos se acopla más a una teoría de la justicia.³²⁷

Derivado de lo anterior, se puede formular el tercer modelo propuestos, llamado como de “Integridad”.³²⁸ Es de gran interés este modelo, ya que se aparta de la generalidad de los aspectos clásicos de la tendencia política presentes en la “izquierda y derecha”, en cambio, toma tres elementos que son base para su formulación; la justicia, la equidad y la integración. Respecto de la justicia, existen dos posturas distintas, la primera es aquella que la entiende como sinónimo de igualdad ante la ley, lo que da por resultado una justicia meramente formal y la segunda, está relacionada a una idea que combina a la justicia y la equidad, si bien son dos cosas distintas, comparten un mismo campo de acción, de manera que un acto será justo, siempre y cuando garantice un estándar mínimo de igualdad, esto quiere decir que deben ser tomadas en consideración las particularidades de los sujetos que producen un trato diferenciado y siempre cuando dicho trato no sea objetivo ni razonable, podrá considerársele como injusto.³²⁹ Es aquí donde entran las valoraciones axiológicas de los principios con el fin de adoptar medidas judiciales y administrativas en pro de estos grupos, que por sus características especiales se han convertido en vulnerables.

En este sentido, se encuentra el segundo elemento, llamado equidad política, la cual deriva de la idea que cada individuo es miembro de la comunidad política, por ende, debe tener la misma

³²⁶ *ibidem*, p. 79.

³²⁷ *idem*.

³²⁸ *ibidem*, p. 132.

³²⁹ *ibidem*, p. 133.

participación en la construcción de leyes en conjunto de otros ciudadanos o individualmente, aquí es donde es donde colisiona la moralidad colectiva con la moral política. Dado a que cada grupo querrá sobreponer sus intereses sobre otros, es inevitable la confrontación política. En un sistema democrático, las opiniones son muy diferentes respecto de los derechos que deben gozar propios y extraños, así como contradictorias, por lo tanto, se necesita un árbitro que ayude a limar estas asperezas y apoye a llegar a un consenso a través de una moralidad única y válida para todos los grupos que integran la sociedad.

Por lo tanto, debe hacerse la pregunta ¿cómo lograr un único criterio respecto de una sociedad dividida, si tenemos distintas moralidades luchando por prevalecer respecto de un mismo hecho? La respuesta escapa a la visión general del legislador, porque si bien, el legislador puede utilizar un principio para legitimar una demanda política de un grupo desfavorecido, también puede hacer lo contrario, por ello podemos decir que no existe equidad política en la función legislativa. Sin embargo, es posible llegar a un sentido común de justicia a partir de la actividad judicial. En este sentido, se encuentra el tercer elemento llamado “integración”, con el objetivo de encontrar en la Constitución, una respuesta unificadora de los tres elementos, ya que del texto constitucional emanan ciertas lecturas que proponen un modelo único de justicia y de moralidad política con base en los derechos de cada individuo.³³⁰ Esta manera tan particular de integrar el derecho desde una visión constitucional, debe de recorrer todos los ámbitos del poder político, desde los Estados federados hasta las pequeñas localidades. De esta manera, se crearía un mecanismo para limitar la posibilidad de que una decisión sea incongruente o contraria a los derechos constitucionales.

La moralidad política vista de esta manera, debe ir más allá, impactando en a la manera en que la sociedad entiende las cuestiones públicas, de tal forma, la moralidad política constitucional podría consolidarse como la principal virtud ciudadana.³³¹ Ahí es donde yace la verdadera revolución de las conciencias, los individuos harían a los principios constitucionales parte de su vida y establecerían cuales son las decisiones estatales correctas e incorrectas, llevando esta percepción al debate público, con el fin de resistir cualquier intento de arbitrariedad.

La integridad no solo sería un modelo de justicia y de moralidad política, sino también legitimaría la propia existencia del Estado en cuanto a la obediencia de sus leyes por parte de los

³³⁰ *ibidem*, p. 138.

³³¹ *ibidem*, p. 140.

ciudadanos. Los cuales solo obedecerían aquellas reglas que no estuvieran en confrontación irreversible con la moralidad política constitucional, contribuyendo a la formación de una verdadera democracia, donde los individuos tuvieran un papel relevante como constructores de las instituciones públicas.³³²

Los métodos interpretativos de la moral política son variados, por lo tanto, se debe de hacer mención que existen distintas concepciones de los mismos, el objetivo de este capítulo es explicarlas, de manera que se haga conciencia que los nuevos métodos argumentativos han ocupado un lugar importante en la labor jurídica contemporánea, al respecto, se explicarán las teorías de Robert Alexy, Ricardo Guastini, Gustavo Zagrebelsky y Luis Prieto Sanchís.

La teoría de Zagrebelsky, será la primera en ser explicada, ya que parte de la idea de que los principios derivan de valores absolutos y son independientes de los casos, para este autor es de suma importancia que dichos principios se encuentren positivizados, debido a que esta es la única manera de separarse de una moralidad convencional, asegurando la inalterabilidad de contenido, de tal manera, que los principios pueden ser utilizados a través de un método argumentativo en los conflictos judiciales.³³³

Para este autor, existe una distinción importante que permite diferenciar los valores de los principios, él achaca el problema a los analíticos, según él, son los causantes de esta confusión terminológica. Por lo tanto, se debe partir de la distinción entre la función del valor fin y el principio. El valor fin es conceptualizado como el bien final, la meta que debe ser alcanzada a toda costa, se puede reducir a la frase “*el fin justifica los medios*”, al respecto, Zagrebelsky menciona que esto puede autorizar cualquier acción tendiente a lograr dicha meta, con independencia de si es legítima o no lo es.³³⁴

Lo anterior resulta de gran importancia, debido al gran parecido que tal teoría comparte con el utilitarismo, así como el posible objetivo mayoritario que pudiera colocarse como valor-fin. Podría mencionarse que la postura del valor-fin, no necesariamente requiere del conceso de las mayorías, ya que este puede ser moldeado por los detentadores del poder legal o fáctico, permitiendo que un sistema político persiga objetivos individuales de grupos cerrados, los cuales tienen la posibilidad de tomar decisiones inhumanas para alcanzar sus objetivos. Para el profesor

³³² *ibidem*, p. 141.

³³³ Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia, tres capítulos de justicia constitucional*, cit., p. 161.

³³⁴ *ibidem*, p. 175.

italiano, los valores son la justificación del poder, son incompatibles con toda limitación de la fuerza estatal y no representan siquiera una pretensión de derecho, de ahí que se mencione que el conflicto no ha sido analizado como es debido.³³⁵

Por otro lado, Zagrebelsky menciona que los principios son bienes iniciales que se desentienden de los valores, en tanto requieren ser materializados, los cuales sirven para limitar cualquier tipo de actuaciones sin tener un fin concreto.³³⁶ De esta manera, los principios funcionan como un criterio de validez respecto de las acciones gubernamentales o privadas. Por lo tanto, existe una relación causa efecto entre el principio y lo que se puede esperar de la realización de cierta acción, dándole un sentido de coherencia y legitimidad. De tal manera que permite especificar como se debe hacer algo, pero no se sabe hasta qué punto dicha acción puede ser satisfecha.

Tanto la teoría de Dworkin como la de Zagrebelsky, no poseen una visión de corte analítica, por ende, no abordan el significado estricto de tal o cual párrafo del texto normativo y buscan hacer su análisis en relación con otros aspectos, especialmente en valores de la ética y de la teoría política. En las próximas páginas se abordarán las teorías de corte analítico que son de suma importancia, pero cabe mencionar que no por ser analíticas, deben tener una postura que desconozca los principios, por el contrario, los principios son las bases de estas teorías.

La siguiente de ellas es la de Ricardo Guastini, quien parte de la idea de que el ordenamiento jurídico debe ser analizado con el objetivo de distinguir los tipos de normas que lo componen, esta división se hace visible cuando se separan las disposiciones normativas que disponen reglas y se diferencian de las que disponen principios.³³⁷ Respecto de la regla, Guastini menciona que son aquellas disposiciones normativas que enmarcan un enunciado condicional y ordenan que una acción sea llevada a cabo, mientras tanto, el principio es distinto, ya que debe contener dos características. La primera de ellas es que el principio tenga un carácter fundamental y la segunda, que sean indeterminados.³³⁸

Se ha de mencionar que los principios están en todo el ordenamiento jurídico, por lo tanto, en cualquier rama del derecho, además de que presuponen valores, decisiones políticas y un

³³⁵ *ibidem*, p. 176.

³³⁶ *idem*.

³³⁷ Guastini Ricardo, *op. cit.*, p. 61.

³³⁸ *ibidem*, pp. 61-62.

especial sentido de justicia, lo cual debe de estar precedido por la certeza jurídica, encontrando en su positivización la objetividad requerida para su materialización. Una vez aclarado la postura de Guastini respecto de los principios, se debería plantearse sobre la primer característica, ¿qué es aquello que hace fundamentales a tales principios?, para responder a la cuestión, Guastini responde que los principios son fundamentales por dos razones:³³⁹

A) En primer lugar, son normas fundamentales por que le dan sustento axiológico a todo el ordenamiento jurídico, en pocas palabras, los principios forman un parámetro de validez respecto de las disposiciones normativas y limitan el arbitrio del legislador a tales principios.

B) Son fundamentales, por el hecho de que los principios se justifican así mismos, a tal punto que son aceptados por toda la cultura jurídica como normas justas.

Por ende, los principios son fundamentales por su contenido y no por el simple hecho de estar positivizados en una norma jerárquica superior, como lo puede ser la Constitución, de esta manera se dibuja un panorama de justicia.

Respecto de la segunda característica, mencionada en líneas anteriores, la indeterminación de la disposición jurídica que establece principios, debe ser entendida desde la analítica, por lo tanto, se menciona que una norma es indeterminada cuando no se ha establecido con claridad su ámbito de aplicación.³⁴⁰ Para ser lo más claros posibles, se ha determinado que existen tres escenarios donde no es claro el principio. El primero versa sobre la indeterminación del supuesto de hecho, la segunda sobre la derrotabilidad y la tercera respecto de la generalidad con la cual se ha estipulado dicha disposición jurídica.

Respecto del primer punto, se puede mencionar que el supuesto de hecho es abierto, ya que no esclarece en que supuestos se debe de aplicar el principio, y es aquí la gran distinción con las disposiciones normativas clásicas que estipulan las reglas, ya que estas contienen una serie de supuestos de hechos determinados. Por lo tanto, se puede mencionar que la violación de un principio puede estar presente en un sin número de supuestos de hecho no contemplados en la norma.³⁴¹

³³⁹ *idem.*

³⁴⁰ *ibidem*, p. 63.

³⁴¹ *idem.*

La segunda postura, menciona que toda norma es derrotable, siempre y cuando, se agoten los supuestos de hechos fijados en ella, teniendo que establecer ciertas excepciones de carácter interpretativo a partir de un principio, por ende, la aplicación de una norma que pareciera tener siempre la misma respuesta, puede cambiar radicalmente, si se le cuestiona a través de un caso donde se argumente cierto contenido constitucional.³⁴²

La tercera postura, está vertida en tanto la generalidad de la norma, este concepto no debe entenderse en la manera en que la disposición normativa está redactada, sino, en la forma que será cumplida. Al respecto, Guastini menciona que la generalidad exige ciertos aspectos para llevar a cabo su materialización, sin embargo, existe una imposibilidad para fijar la forma de ejecución u actuación respecto del cumplimiento, debido a que existen una diversidad de métodos para ello.³⁴³

Por último, el profesor italiano hace ciertas clasificaciones respecto de los principios, sujetos a la jerarquía normativa, su totalidad o segmentación, sí son expresos o no lo son. Respecto de la primera clasificación, encontramos dos rangos en los cuales se asientan los principios, el primero es de orden constitucional, el cual da cierta protección respecto de la voluntad política de un Estado.³⁴⁴ El segundo, es el rango correspondiente a una visión meramente legalista en la cual pueden hallarse algunos principios, sin embargo, pueden ser cambiados con relativa facilidad, dependiendo de la voluntad política que pudiese existir en un determinado momento, lugar y contexto.

Por otro lado, se hace otra distinción respecto de los principios a partir de una perspectiva sectorial o general. Respecto de los principios generales se puede decir que son aquellos que aplican a todo caso, como, por ejemplo, el debido proceso, el derecho de libertad, igualdad, etc. Mientras tanto, los principios sectoriales solo cubren una cierta parte del ordenamiento jurídico, por ejemplo; el principio in dubio pro reo, la buena fe en materia civil, etc.

La última y tercera división, versa en si los principios son expresos o no lo son, aquellos llamados expresos, tienen por base la norma y se les puede leer fácilmente en la ley, sin embargo, existen aquellos que han nacido por medio de la interpretación y se hallan en el razonamiento del juez, siendo plasmados en las sentencias o en los precedentes.³⁴⁵ A este tipo de principios, se les

³⁴² *ibidem*, p. 64.

³⁴³ *idem*.

³⁴⁴ *ibidem*, p. 65.

³⁴⁵ *ibidem*, p. 67.

ha denominado inexpresos, ya que no se encontrarán en la legislación común. Es así como Ricardo Guastini expresa su teoría sin separarse del tradicional positivismo jurídico, reduciendo a los principios a ramificaciones de las normas indeterminadas, como se observa no toma elementos de Dworkin y mucho menos de Zagrebelsky.

Por otro lado, existen teorías analíticas que no solo toman en consideración la norma, sino otros aspectos de relevancia; una de estas posturas es la de Luis Prieto Sanchís, quien parte de un entendido donde la moral está inmersa en un proceso de desarrollo progresivo, hasta consolidarse en una norma constitucional, puede que su teoría tenga similitudes con el reconocimiento de la moralidad de la teoría dworkiniana, sin embargo, difieren en los métodos de identificación de los principios. El profesor español procede a explicar que la concepción de moral se puede entender desde dos perspectivas.³⁴⁶ La primera, es la moral social, entendida como aquella que existe en una sociedad determinada, siendo adoptada por las mayorías a partir del consenso dentro de estos grupos. Esta justicia en particular, puede adquirir cualquier tipo de forma, aunque sea una actitud injusta, como, por ejemplo, que las mayorías dispongan que debe de existir pena de muerte indiscriminadamente; si bien, se podría decir que es una decisión injusta, se convierte en justa al momento de ser sostenida por las masas.

Por el contrario, la segunda perspectiva que sostiene Sanchís, está regida por una moral de corte institucional, además de crítica; esta perspectiva sirve para racionalizar la toma de decisiones del poder público. De esta manera, podría constituirse un parámetro de validez que ayude a conocer si tal o cual acto es justo o no lo es, y en base a esto, declararlo nulo.

El elemento más importante para Sanchís es la recuperación de la ética, pero esta debe ser entendida como una razón que no tiene un objetivo claro, la cual no puede ser sometida por medidas analíticas, sin embargo, esta no es razón para no intentar racionalizarla por medio de la argumentación jurídica, la cual dotará de objetividad a los principios, separándolos de la subjetividad y cualquier tipo de sentimentalismo.³⁴⁷ Con esto, Sanchís pretende ver en los derechos humanos reconocidos en los textos constitucionales, la expresión material de los principios, productos de una moralidad crítica, fungiendo como parámetros materiales de la actuación de la autoridad, sin los cuales, las poblaciones de distintos países se verían presas de la arbitrariedad del poder estatal, sin ninguna oportunidad de defensa. Sí bien, podría parecer que no

³⁴⁶ Prieto Sanchís Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, cit., p. 96.

³⁴⁷ *ibidem*, p. 98.

es necesario tomar en consideración cualquier postura ética para la resolución de un caso, esto no es del todo cierto, ya que, al tomar una decisión con base en la Constitución, se toma implícitamente una postura de carácter política o ética, la cual debe tomar un juez para poder emitir una resolución, desconocer esta postura, sería desconocer la misma naturaleza de la Constitución, por lo tanto, excluir su sentido material, histórico y político con el cual se gestó.

Sanchís también menciona que esta postura ética deriva de la indivisibilidad entre el derecho y la moral, preguntándose, ¿cuál es el sentido moral a seguir?, esta pregunta al parecer es el sentido de todo el argumento, ya que si bien, se puede considerar a la moral como eje rector de ciertas acciones que se esperan sean hechas de una determinada manera, la moral por sí misma, no es relevante, hasta el momento en que se encuentra en una norma que la sostenga y pueda ser utilizada como material argumentativo para las decisiones que toman los tribunales o las maneras en que el legislador hace su trabajo.³⁴⁸

Es importante mencionar que este autor no puede concebir una decisión a partir de un simple principio no expresado en la norma, se puede mencionar que el juzgador sigue limitado por las formulaciones normativas, cabría preguntarse, ¿qué sucedería si un principio de valor moral no estuviera en alguna norma o decisión judicial anterior a un determinado caso?, en la teoría de Sanchís no existe tal respuesta, porque todo ha sido vinculado al contenido ético normativo.

Para Sanchís, la Constitución es la única herramienta que puede vincular la adecuación de la moral al derecho, debido al tipo de normas que contiene tal texto.³⁴⁹ Es de importancia mencionar que el profesor español no ve en este modelo una visión universal, sino una postura reducida a un contexto cultural occidental, específico y determinado por la historia, entonces cabría preguntarse, ¿cuál es el papel de los tratados internacionales?, los cuales han abierto la posibilidad de dar un primer paso en la construcción de una valoración ética y universal, que orbita alrededor de la condición humana y que además, asimismo, ha abierto el hermetismo nacionalista de muchos Estados, evidenciando su falta de compromiso ante esta visión aceptada por la mayor parte del mundo como justa. Decir que la postura de la valoración ética es una cuestión local, sería rechazar el argumento anteriormente vertido, no cabe sin más mencionar a la

³⁴⁸ *ibidem*, p. 99.

³⁴⁹ *ibidem*, p. 100.

Declaración Universal de los Derechos Humanos ha puesto en tela de juicio las visiones locales de los derechos fundamentales.

Por último, Sanchís expresa que los principios y la justicia son un requerimiento mínimo que todo gobernante debe acatar, no porque este crea que existe una obligación ética y jurídica, sino porque facilita el ejercicio del poder, permitiendo un diálogo entre los individuos y el Estado, sin utilizar la fuerza pública.³⁵⁰ De tal forma, los principios también pueden ser concebidos como objetos de legitimidad en el ejercicio del poder, sin embargo, surge el inconveniente de que la Constitución pueda ser sometida a una función instrumental, sirviendo como base para la consolidación de una figura de poder y no para la protección de los derechos humanos, la cual es la función primordial de toda entidad estatal.

Para terminar este apartado, se traerá a colación la teoría de Robert Alexy, la cual está cimentada en su famosa teoría de los derechos fundamentales caracterizada por ser prominentemente analítica, sin embargo, también integra la postura empírica del derecho y agrega a estas dos la concepción normativista, para Alexy estas tres posturas conforman la dogmática jurídica y dan sentido a los ordenamientos jurídicos.³⁵¹

De esta forma, pueden ser integrados todas las posturas en una sola teoría, tomando lo mejor de cada una. Por ejemplo, la postura analítica es utilizada para darle sentido a la visión conceptual de la norma y su validez. La segunda, retoma la concepción empírica, la cual solo se expresa en la argumentación dentro de un caso judicial. Por último, la postura normativa, la cual es innovadora por el motivo de que aparece como orientadora de la decisión correcta de la praxis jurídica, la cual pesa en las decisiones judiciales y tienen por base una disposición legal. De esta manera, se abre paso a una disciplina de razonamiento práctico que permite objetivizar principios constitucionales, por medio de ejercicios argumentativos presentados ante una autoridad judicial.

Esta integración teórica permite construir un consenso con el fin de resolver los casos difíciles que prevean la interpretación de un derecho reconocido en la Constitución. Alexy es muy claro al rechazar que, para tal tarea, se deba utilizar solamente una teoría única, por el contrario, es de gran relevancia que exista una teoría plural que considere todos los puntos de vista, de forma

³⁵⁰ *ibidem*, p. 101.

³⁵¹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit, pp. 29-33

que pueda visibilizar todas las facetas teóricas de dicha integración, al momento de analizar un derecho fundamental.³⁵²

Si entonces se acepta la idea de la creación de una teoría general, por lo tanto, se debe de aceptar que es una teoría integrativa, la cual no solo abarcará derechos por si solos, sino, también los enunciados que los contienen, conjuntamente se suman las teorías epistémicas. Para que esta tenga frutos, debe de alejarse de las teorías que sostengan la segmentación de los derechos fundamentales, como, por ejemplo, aquellas que mencionan que solo existen derechos individuales; por lo general, esta visión parte de la teoría del Estado de derecho liberal burgués, la cual niega otro tipo de derechos. Por el contrario, existen teorías que afirman que los derechos colectivos, son los únicos que deben prevalecer por sobre los individuales, esta visión está sustentada por una teoría del Estado colectivista. Por lo tanto, una teoría ideal debe adoptar ambas posturas, no por su corte ideológico, sino por sus contenido axiológico.³⁵³

Una vez superada estas posturas unilaterales y concretizadas en una teoría ideal, se puede hablar de una teoría estructural, como segundo paso para la construcción de la teoría integral. La teoría estructural tiene por objetivo aclarar lo que se entiende por los derechos fundamentales, primeramente, desde la visión analítica que los explica partiendo de conceptos incluidos en disposiciones normativas, sin embargo, son insuficientes, por lo tanto, se ha de recurrir al empirismo. Por esta razón, se puede mencionar que los principios insertos en los derechos son conceptos inacabados, los cuales buscan establecer nuevas concepciones de estos cada vez que se resuelve un caso judicial, debido a la indeterminación de la norma en la que son reconocidos.³⁵⁴ En consecuencia, el contenido normativo es estructurado para clarificar cuando estamos ante una criterio aceptado de lo que es un derecho fundamental y cuando debemos rechazar un criterio que no debe serlo.

Alexy al ser un analítico consolidado, evita concebir a los derechos fundamentales a partir de posturas metafísicas como el absoluto de Carl Schmitt, al respecto, el autor prefiere adherirse a autores como Heller, Kauffman quien mencionaba que, *“Sin claridad analítica. No podría hablarse en absoluto de un control racional de las valoraciones indispensables en la jurisprudencia y de una utilización metodológicamente controlada del conocimiento*

³⁵² *ibidem*, pp. 34-35.

³⁵³ *ibidem*, pp. 37-38.

³⁵⁴ *ibidem*, p. 40.

empírico.³⁵⁵ Por lo tanto, la analítica en conjunto con el empirismo, son un mecanismo idóneo de análisis normativo y de valoración axiológicas.

Debido a ello, el autor trata de enfocar su postura analítica a través del concepto norma. Primeramente, se debe de entender la distinción entre norma y enunciado normativo, el enunciado expresa la descripción de la acción que se permite o se prohíbe, en pocas palabras, es solamente el texto legal. Mientras tanto, la norma es el significado de tal enunciado normativo, que se extrae por medio de la interpretación, por lo tanto, un enunciado normativo puede tener distintas normas.³⁵⁶ Así, la norma permite abrir un abanico de posibilidades interpretativas respecto de los enunciados normativos, a su vez, que limita la manera en que son formuladas a partir de una modalidad deóntica que permite identificar interpretaciones válidas de las que no los son. Estas posibilidades deben girar en torno a un contexto determinado, entendido como aquella conexión entre la circunstancia de uso de un concepto y la norma que se desprende de alguna disposición normativa. Por lo cual, la interpretación desprendida del enunciado normativo en un contexto determinado y con las limitaciones deontológicas adecuadas, permiten identificar normas verdaderas de las faldas.

Resultado de ello, puede concebirse la formulación de enunciados de validez normativa, que sirvan como parámetro para determinar cuáles enunciados normativos o normas deben estar permitidos, así, se podría afirmar que existe una teoría de la validez material con base en los principios axiológicos y con esto llegar a concebir la tercera fase, la llamada teoría normativista. Para Alexy, aquí radica el verdadero cambio, los principios dejan de ser algo subjetivo y por medio de la argumentación logran objetivarse, hasta que adquieren la función de corrección y valoración.³⁵⁷

Por ende, los principios abren la puerta para poder dar una fundamentación *iusfundamental*, indicando que, entre todas las interpretaciones posibles de un enunciado, debe elegirse la mejor. Los encargados de utilizar estas teorías no solo deben de ir a la interpretación del texto, sino también a las interpretaciones que hayan realizado los tribunales constitucionales

³⁵⁵ *ibidem*, p. 45.

³⁵⁶ *ibidem*, pp. 51-55.

³⁵⁷ *ibidem*, pp. 60-61.

con anterioridad, ya que estos ha puesto a prueba la argumentación *iusfundamental*, mucho antes del conocimiento de un caso.³⁵⁸

Resultado de lo anterior, puede concebirse la limitación del poder por medio de la argumentación jurídica, restringiendo el contenido del ordenamiento jurídico, así como cualquier acto del poder estatal o particular, a su vez, puede resolver antinomias entre los principios contrarios en determinados casos concretos.

2.3.5 Criterios de identificación de los principios.

Hasta este momento, solo se ha estudiado las teorías que justifican la existencia de los principios desde distintas perspectivas y autores, ahora, el objetivo será explicar de una manera introductoria, cómo es que estos autores pueden identificar un principio, conforme a los parámetros teóricos que han formulado.

Para la identificación de los principios, Dworkin propone una lectura moral de la Constitución que separe la moral institucional de cualquier postura personal inmersa en las resoluciones judiciales, dichas posturas pueden ser de dos tipos, la conservadora o la liberal, dividiendo el espectro político entre izquierdas y derechas.³⁵⁹ El profesor estadounidense menciona que la moral deseable es aquella que nace de la Constitución, ya que los artículos de esta, expresan requerimientos morales absolutos que pueden ser aplicados en casos con una fuerte carga valorativa, estableciendo un camino a seguir para la toma de decisiones de un juez.³⁶⁰

La lectura moral es vista como una herramienta interpretativa que resulta en argumentos válidos, la pregunta es, ¿cómo se hace tal lectura?, ya que los métodos clásicos de identificación parten de algún artículo contenedor de un derecho, para luego establecer la existencia de un principio moral, el cual contiene ciertos ideales políticos y jurídicos.

Cabe mencionar que no todos los artículos de una Constitución contienen principios morales, por ejemplo, aquel artículo constitucional que estipula una edad mínima para poder ejercer un cargo dentro de la función pública, sin embargo, si pueden ser hallados en artículos que estipulen fórmulas de derechos o en su caso, principios institucionales de gobierno, como la división de poderes o el federalismo. La lectura moral de la Constitución está enfocada a dar

³⁵⁸ *ibidem*, pp. 71-72.

³⁵⁹ Dworkin Ronald "Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise" en *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Massachusetts Harvard University Press, 1996, p. 3

³⁶⁰ *ibidem*, p. 4

respuesta a las siguientes preguntas, ¿cuál es el argumento que justifica a estos principios morales?, ¿por qué están ahí?, ¿cuál es el sentido de que existan tales principios?, Dworkin cree haber encontrado la respuesta en el estudio de las posturas de los *framers* (así se les conoce a los constituyentes en el mundo anglosajón).³⁶¹

Para ejemplificar lo anterior, se podría poner el ejemplo de la décimo cuarta enmienda de la Constitución estadounidense, la cual contiene el derecho de igualdad y debido proceso. En un principio los constituyentes buscaron reconocer el derecho a la igualdad para limar ciertas asperezas sociales entre personas de distintas razas, plasmándola en la Constitución de una manera general e indeterminada, pero nunca se imaginaron que este reconocimiento básico de derechos, pudieran permear en todo el entramado social y ser utilizado en casos como *Brown v. Board of Education of Topeka*, o en la protección de la igualdad de personas homosexuales, de las mujeres, de los niños o de los grupos minoritarios en general.³⁶²

De esta manera, se reconoce un determinado principio moral respecto de una situación determinada, la cual se ha expresado en una forma general dentro de un texto constitucional, no hay motivos para hacer distinciones en cuanto el uso de dicho principio para un sinnúmero de situaciones. Una vez identificado, comienza un proceso gradual de expansión, que implica que la actuación estatal deba estar en conformidad a este, así, puede nacer una obligación constitucional para todas las autoridades que compongan la entidad estatal.

Asimismo, se asegura que los jueces no pueden imponer sus convicciones utilizando su moral individual, por lo tanto, debe de excluirse toda la arbitrariedad inmersa en posturas políticas determinadas y adoptadas por los jueces. Por ende, el juzgador se convierte en el intérprete la moralidad político constitucional, a medida que es erigida por los miembros de la sociedad, cuando argumentan en su demanda como debería ser entendido un principio específico, debido a ello, el juez tiene que determinar cuál debe ser la interpretación correcta del principio esgrimido en el caso, a su vez, juega el rol de constructor de la moralidad política, ya que su decisión puede convertirse en un precedente para la resolución de casos futuros, de tal forma, que con el paso del tiempo se articule un discurso coherente con la capacidad de materializar la Constitución.³⁶³

³⁶¹ *ibidem*, pp. 10-11.

³⁶² *idem*.

³⁶³ *ibidem*, p. 14.

Según Dworkin, la lectura moral es una exigencia hacia el juez, por lo tanto, está obligado a encontrar la mejor respuesta a los dilemas morales presentados por medio de casos concretos, pudiendo ser resueltos desde un conjunto tríadico (historia-integridad-práctica).³⁶⁴ Muchas veces encontraremos que la moral política constitucional reconoce ciertos derechos a ciertos individuos, los cuales no gozan de simpatía de la moral colectiva. Sobre todo, en temas que refieren derechos humanos, por ello, la moral constitucional es contraria a cualquier moral de grupo.

Cabe mencionar que la lectura moral de la Constitución es muy distinta a la interpretación originalista, ya que esta última es una postura acrítica que solo sigue ciegamente decisiones del pasado y no se pregunta si aquellas fueron coherentes respecto la Constitución, siendo aplicadas sin una guía de validez material. Es deseable que para la aplicación de este método se cuente con jueces capaces y consientes del trasfondo axiológico que pudiese llegar a tener cada caso, por ende, si alguien quisiera dedicarse a la labor judicial deberá perseguir un ideal de funcionario, uno que sobresalga en todos aspectos. A este juez, Dworkin lo ha denominado como Hércules, capaz de ejercer sus funciones a través de tres posturas, la constitucional, la legal y el precedente.³⁶⁵

Así pues, para el primer tipo de análisis, Hércules debe tomar en consideración los derechos que emanan del texto constitucional y preguntarse cómo deben aplicarse en una disputa judicial, por esta razón, se deben distinguir las etapas interpretativas que componen valoración de los principios en su conjunto. Entonces, se podría mencionar que la lectura moral parte de distintos momentos, el primero de ellos es aquel que busca plantearse, ¿cuál era el fin primordial que el constituyente buscaba al integrar un principio?, y, ¿por qué se reconoció un determinado derecho y no otro con apariencia de serlo? Para responder estas dos preguntas y destrabar cualquier objeción historicista, primeramente, el juez debe identificar el contexto en el que se suscitan los hechos del caso, para determinar qué tipo de principio será interpretado, una vez hecho esto, se procederá a indagar en los precedentes y se cuestionará si las decisiones judiciales pasadas son congruentes con la finalidad moral que proponían los constituyentes y, por ende, si es razonable seguir esta línea o por el contrario, proponer una nueva interpretación adecuada a nuestros tiempos. Un ejemplo de lo anterior, podría caer en un caso donde se discutiera el derecho a la igualdad de las personas homosexuales, respecto a si deben disfrutar de las mismas prerrogativas de seguridad social que las personas heterosexuales. Si volteamos a ver a la historia de los

³⁶⁴ *ibidem*, p. 15.

³⁶⁵ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., p. 177.

constituyentes americanos, no encontraremos nada parecido que nos ayude a resolver esta cuestión de principios, sin embargo, podemos indagar en la finalidad que el constituyente quería seguir cuando integró a la igualdad como derecho, de esta manera, podría protegerse a los grupos no reconocidos en la norma y ampliar el campo de protección de los derechos, sin necesidad de que hubiera una determinación expresa que hiciera referencia a los homosexuales. Una vez constituida este tipo de interpretación, se deberá comenzar a hablar de la manera en que arroja límites, alcances y consideraciones, en proporción del principio puesto a discusión.

Respecto del segundo tipo de análisis, llamado “de legislatura”, Hércules tiene que plantearse si las leyes que debe analizar son coherentes respecto de los principios morales de corte constitucional, para esto, debe existir un análisis crítico que permita determinar que una ley es contraria a estos y en caso de serlo, el juez debe proceder a inaplicar la norma. De esta manera, la protección constitucional se convertirá en una obligación, al mismo tiempo que se transforma en una restricción de la labor legislativa y en una protección judicial del texto constitucional.³⁶⁶

Por último, se destaca la relación entre la lectura moral de la Constitución y los precedentes judiciales. Dworkin ve la problemática en el hecho de que algunas ocasiones no hay una ley que indique que debe hacer la autoridad o el ciudadano. Por ende, se debe acudir a una instancia judicial, para determinar la correcta actuación, que en muchas veces se encuentra en el derecho judicial.³⁶⁷ De tal forma, el juzgador va estableciendo una serie de reglas que implican razonamientos particulares con el fin de identificar ciertos principios, lamentablemente, a pesar de los amplios beneficios que se obtienen con el uso de estos instrumentos jurídicos no pueden ser equiparados con la ley, por ende, debe cuestionarse la fuerza gravitacional del precedente y cuál debe ser usado.³⁶⁸ Estas dos cuestiones se responden revisando el principio que debe ser interpretado para los hechos concretos del caso, así, por ejemplo, tendrá gran peso el principio de independencia judicial interna y el debido proceso, cuando no se garanticen las garantías judiciales mínimas en un proceso disciplinario que tenga como fin la destitución de un funcionario judicial, ya que, por lo general, este tipo de procesos judiciales no cuentan con una instancia a la cual pueda recurrir y tampoco poseen el derecho a un tribunal imparcial que conozca de sus casos, por lo menos en el caso mexicano.

³⁶⁶ *ibidem*, pp.179-180.

³⁶⁷ *ibidem*, p. 182.

³⁶⁸ *ibidem*, pp. 185-186.

Continuando con la explicación teórica sobre la manera en que se identifica un principio. También se encuentra la teoría de Gustavo Zagrebelsky, quien observa distintos métodos de identificación de los principios. Uno de estos, se encuentra en el análisis normativo, que suma las respectivas interpretaciones que pueden acercar a la claridad de un determinado principio, introduciéndolos a todo el ordenamiento jurídico, como bien menciona el profesor italiano, “*ascender desde las tipificaciones elementales de cada norma jurídica a otras cada vez más complejas , a los tipos de los tipos, a las normas de las normas, es decir a los principios, y a la ciencia en toda su amplitud.*”³⁶⁹

Esto trae consigo la creación de normas invalidantes que intrínsecamente excluyen acciones o leyes contrarias contra estas, de tal manera que el ordenamiento jurídico se acopla a la Constitución, no por la manera en que es creado, sino por el contenido valorativo, inserto en dicho documento legal, dejando de lado las posturas jerárquicas de creación normativa.³⁷⁰

Esta manera de entender el contenido constitucional, marcó en Italia, una pauta para las primeras sentencias constitucionales. De esta manera, se llevó a cabo un cambio radical en la manera en que se entendía e interpretaba el derecho, pasando de un modelo legalista que presumía integridad y unidad con el fin de llenar lagunas, a un modelo constitucional, siempre inacabado y en construcción, donde los principios constituyeron un parámetro de validez, siendo utilizado a partir de una metodología inductiva y no deductiva, como se venía haciendo la primera mitad del siglo XX.

A partir de lo anterior, Zagrebelsky propone un método para el uso de principios; primeramente se debe saber si tal enunciado normativo cuenta con algún valor axiológico o de justicia, segundo; debemos de observar si el enunciado normativo tiene supuestos de hechos no determinados; tercero, si se ha encontrado que el caso judicial contiene la primera y la segunda característica, respecto de los enunciados normativos que utilizará el juez, debe plantearse si esta norma establece un parámetro para la fundamentación de otras normas; cuarto, debemos de identificar en que texto legal están estos principios; quinto y último, el resultado de los cuatro pasos anteriores, diferenciará al principio de las reglas y nos dará pautas de interpretación.³⁷¹ A

³⁶⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia, tres capítulos de justicia constitucional, cit.*, p. 179.

³⁷⁰ *ibidem*, p. 180.

³⁷¹ *ibidem*, pp. 179-183.

su vez, esto arrojará criterios para la moralización del derecho, la legalización de la moral y la introducción cultural de la Constitución.³⁷²

Prosiguiendo con la tarea de estudiar la línea de los autores y sus entendimientos respecto de los principios, está Ricardo Guastini, quien identifica dos grupos de interpretación respecto de los principios, el primer grupo está representado por quienes afirman que existe una Constitución material de la cual emanan normas con alto contenido axiológico al que hay que interpretar. En el segundo, existen aquellos autores que identifican a los principios como una cuestión programática que tiende a la aspiración.³⁷³

Guastini se apoya en el primer grupo, él considera que los principios pueden ser identificados a partir de 4 características:³⁷⁴

- A) Los principios son normas fundamentales en distintos sentidos, primero, son idóneos para justificar la pluralidad de las reglas y segundo, no poseen justificación alguna, esto es así porque los principios están basados en propiedades axiológicas que representan valores éticos.
- B) Son normas categóricas, esto quiere decir que sus antecedentes son abiertos al igual que todas las posibilidades de aplicación.
- C) Son *razones prima facie*, esto quiere decir que son normas que pueden hacer valer excepciones frente a otros principios o reglas, lo que puede conllevar a la inaplicación de cualquiera de estos instrumentos, dependiendo de la naturaleza del caso que se esté por conocer. En otras palabras, los principios no son fijos y pueden ser superados por otros, dependiendo del caso en concreto, utilizando métodos como la ponderación.
- D) Los principios necesitan de la argumentación para afirmar que determinado principio existe a nivel constitucional, no sirven los métodos de interpretación clásicos.

En conclusión, Guastini entiende que la interpretación de los principios morales se formula desde un lenguaje moral, dotando de un sentido valorativo a cada principio, haciendo de la interpretación una valoración axiológica. Para poder realizar este tipo de valoraciones, el intérprete debe preguntarse, ¿qué método de valoración debe ser usado para el caso concreto? El profesor italiano menciona que solo existen tres vías por las cuales se evalúa un principio. Por un

³⁷² *ibidem*, p. 200.

³⁷³ Guastini, Ricardo, *op. cit.*, p. 294.

³⁷⁴ *ibidem*, pp. 294-298 y 301

lado, está la llamada valoración social (*Prima facie*) que presenta un gran contenido de carácter sociológico, sin embargo, surge un gran problema, debido a que los juristas y los jueces no son científicos sociales, en consecuencia, carecen de las herramientas necesarias para una correcta interpretación de la sociedad, sumado a ello, pueden existir tantas interpretaciones sociales como grupos existen en la sociedad, por eso, es poco recomendable su uso.

El segundo método es el de *Facto*, el cual dependerá del juicio individual del juez, de esta manera, se aplicará lo que crea que es lo correcto, con independencia de los enunciados normativos y alejados de los precedentes.

El tercer método y es el que es más aceptado por Guastini, es la ponderación de principios y su efecto de concreción. El primero respecto de la selección de un principio que pueda entrar en colisión con otros, donde se decidirá cuál de ellos debe prevalecer y la concreción, utilizada para poder materializar su aplicación, debido a la alta indeterminación de supuestos de hecho y la poca claridad de los textos constitucionales.³⁷⁵

Por otro lado, Luis Prieto Sanchís ve en la valoración de los principios la existencia de antinomias. Las cuales juegan un papel fundamental, suscitándose de manera cotidiana en todos los sistemas normativos, al respecto, se puede mencionar que existen diferentes tipos de antinomias y diferentes tipos de criterios para resolverlas, estos son de dos tipos.³⁷⁶ El primero gira en torno a los métodos clásicos de resolución, entre los cuales se encuentran, la jerarquía (ley superior deroga a la inferior), la cronológica (ley posterior deroga a la anterior) y la de la especialidad (ley especial deroga a la general), estos criterios son inservibles para la valoración de principios, sin embargo, son perfectos para resolver el conflicto entre reglas. Los primeros dos criterios, solo funcionan respecto de textos Legislativos de distinto orden jerárquico, mientras el tercero, solo coloca un criterio de preferencia, referente a las características de las disposiciones normativas.

Sin embargo, existen un segundo tipo de antinomias, las llamadas irresolubles que se presentan cuando existen dos disposiciones normativas contrapuestas, las cuales carecen de una condición de aplicación, resultado de ello, debe de existir una condición de excepcionalidad de

³⁷⁵ *ibidem*, p. 301.

³⁷⁶ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., pp. 175- 177

una norma frente a la otra, asimismo, este conflicto debe presentar una disputa de moralidad constitucional, escapando a los criterios de validez formal.

Asimismo, es de relevancia mencionar que no puede conocerse el resultado de la antinomia de manera abstracta, sino que necesita de los casos judiciales para conocer la potencialidad axiológica de estas contradicciones, que, en su mayoría, son normas de derechos fundamentales o mandatos de optimización que ordenan hacer algo en una determinada medida.³⁷⁷ En conclusión, Sanchís menciona que la única manera de poder resolver estas antinomias es por medio de la ponderación que busca dar razonabilidad y sentido a aquella disposición que debe ser privilegiada respecto de otra.

Por último, disponemos de la teoría de Robert Alexy, la cual es referente a la extracción e identificación de principios. Para esta tarea es elemental poder distinguir a los principios inmersos en las normas, por medio de criterios de identificación, para ello el profesor alemán estudió 3 métodos de interpretación distintos, respecto de la identificación de principios y derechos humanos.³⁷⁸

El primero de estos es el propuesto por Carl Schmitt, quien concibe a los derechos fundamentales como aquellos que sirven como principal razón de existir del Estado y que como tal, pueden ser reconocidos en la Constitución. Estos derechos se conciben como individuales, gestados por el Estado liberal Burgués, lo que elimina la posibilidad de concebir otro tipo de derechos, como los económicos; sociales y culturales. Sí realmente se busca que los derechos fundamentales se encuentren en todo el entramado jurídico y estatal, se debe de olvidar esta percepción de los derechos demasiado limitada.

El segundo de los métodos de identificación es el criterio llamado “formal”, el cual busca identificar a las normas de derechos fundamentales en un determinado número de artículos, los cuales pueden constituir un capítulo especial de derechos, por ejemplo, en la Constitución alemana, los derechos fundamentales y sus principios solo se encuentran en los primeros 19 artículos. En el caso de la Constitución mexicana, serían los primeros 29 artículos. Esto es falso, ya que las normas de derechos fundamentales están en todo el cuerpo del texto constitucional y no solo en un reducto que identifica a un número de artículos como los verdaderos portadores de derechos, por poner un ejemplo, el derecho al acceso a un recurso judicial efectivo, no solo se

³⁷⁷ *ibidem*, pp. 180-181

³⁷⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 63-65.

encuentra en los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución mexicana, sino también en sus expresiones más acabadas, como los medios de control constitucional, expresados en los artículos 103, 105 y 107, sumado al Artículo 25.1 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos que establece tal derecho.

El tercer método es el más interesante, debido a que es la columna vertebral de la teoría de Alexy. El profesor alemán, parte de la distinción entre norma de derecho fundamental y disposición de derecho fundamental, las disposiciones de derechos fundamentales son las formulaciones enunciativas que confieren derechos fundamentales, mientras que las normas de derechos fundamentales son las interpretaciones que expresan tales enunciados. De esta manera, se permite articular una serie de pasos para poder interpretar una cláusula constitucional, para Alexy, el primero de estos pasos es identificar un enunciado de derechos fundamentales (1), posteriormente, extraer las normas posibles de dicho enunciado, enlistándolas (2), para que, con posterioridad, se haga uso de las reglas semánticas con el fin de dar claridad interpretativa con el objetivo de extraer definiciones y conceptos. (3) Una vez con los conceptos claros, se someten a una interpretación sistemática, en conjunto con otros enunciados normativos que puedan contener otras normas y una vez hecho esto (4), se obtiene una nueva interpretación, por consiguiente, una nueva norma, con la cual se podrá plantear nuevos límites y alcances de un principio. Así y de manera consecutiva, puede fijarse una obligación a las instituciones encargadas de llevar a cabo el cumplimiento de las sentencias o la constitucionalización del ordenamiento jurídico (5) encontrando nuevos mecanismos que procuren la protección jurisdiccional o política del derecho constitucional y los derechos humanos. (6)³⁷⁹

Esta relación intrínseca entre las disposiciones normativas y sus interpretaciones, llamadas normas, es conocida como relación de precisión, la cual juega un papel fundamental para la determinación de un principio. Debido a que el verdadero problema no reside en lo que puede leerse en la Constitución, sino, en lo que debe entenderse por determinados principios cuando son aplicados a hechos no previstos en los enunciados normativos, de manera que puede cuestionarse cuál es la esencia de un determinado derecho.³⁸⁰

En retrospectiva, los tres primeros pasos explicados en líneas anteriores, solo sirven para hacer una aclaración sobre conceptos, mientras los últimos tres, son los que definen el alcance y

³⁷⁹ *ibidem*, pp. 65-68.

³⁸⁰ *ibidem*, p.69.

contenido material de un determinado derecho fundamental. A los resultados de tales interpretaciones se les ha llamado normas adscriptas, sin embargo, no responden a criterios de validez formal, ya que no han sido positivizadas en un orden jurídico.³⁸¹ Este tipo de normas sirve como material para dar cabida a las *fundamentaciones iusfundamentales*. De esto dependerá, si la norma de derecho fundamental extraída por medio de la interpretación, es o no válida, con independencia de si se encuentra inserta explícitamente en el texto constitucional. Cabe mencionar que las normas de derechos fundamentales pueden ser tanto las normas adscriptas, antes explicadas, como las normas de derecho fundamental directamente estatuida, ya que ambas sirven para hacer *fundamentaciones Iusfundamentales*.³⁸²

Esto ha sido todo respecto de los métodos que buscan identificar principios constitucionales, como se observó, las técnicas son distintas dependiendo del autor que aborde el tema. Algunas no dependerán exclusivamente del texto constitucional, sino de un acercamiento histórico, dando como resultado la extracción de un principio, para luego poder ser utilizado en un caso concreto, en otras teorías podrán parecer más uniformes en cuanto al método utilizado, por ejemplo, las analíticas, las cuales solo ven el fondo de la norma como único elemento del que se pueden extraer principios. De esta manera, se da testimonio de un fenómeno internacional que busca racionalizar los actos estatales y no solo clasificarlos, además, es muestra importante de la caída teórica del legalismo formal, no solo en la praxis judicial, sino en la academia en general.

2.3.6 La argumentación jurídica, el Estado constitucional y el papel del juez.

La argumentación jurídica se solidifica como una manera para la consolidación de las técnicas interpretativas antes mencionadas, es aquel instrumento utilizado para objetivizar elementos valorativos como los principios y que puedan ser utilizados en casos concretos y en distintos contextos, asimismo, la argumentación puede ser concebida como aquel ejercicio integral que busca una respuesta correcta, entre un sujeto, un discurso y otro sujeto, a quien va dirigido el ejercicio argumentativo.³⁸³ Desde una perspectiva del derecho jurisprudencial, la argumentación jurídica parte de una necesidad de justificar decisiones de un órgano jurisdiccional. Sin embargo, esta tiene que ser sopesada con otros elementos teóricos y prácticos que representan obstáculos para su conformación. Por ejemplo, la relación argumentación y Estado constitucional,

³⁸¹ *ibidem*, p. 70.

³⁸² *ibidem*, p. 73.

³⁸³ Atienza, Manuel, *Cuestiones judiciales, cit.*, pp. 77-78.

argumentación como contrapeso del poder y democracia, y, por último, argumentación como método de protección de los derechos fundamentales.

Respecto de la primera relación, debemos mencionar que en un Estado que se diga constitucional, tiene que proveerse una manera para eliminar cualquier fuente de arbitrariedad en contra de la Constitución, ya que la principal meta de esta institución estatal es materializar el contenido constitucional hacia todo el ordenamiento. En consecuencia, los órganos públicos se ven en la necesidad de racionalizar sus decisiones por medio de la argumentación, ya no solo es justificable la postura jerárquica como única postura aceptada para legitimar su ejercicio del poder. Esto es de relevancia, porque la argumentación se convierte en un método para la resolución de problemas legales, que en apariencia no tiene una respuesta clara. De esta manera, la argumentación juega un rol importante, ya que ella permite que el juez pueda legitimarse cuando tenga que decidir sobre la validez material de alguna ley con base en la Constitución, así, no se le puede reclamar que ha resuelto en conformidad de su juicio arbitrario e individual, ya que ha utilizado un mecanismo que explica por qué ha optado por una determinada opción y no por otra.

Esta idea trae consigo una postura innovadora, ya que lleva al máximo el postulado central del Estado constitucional de derecho, el cual versa en la limitación férrea del poder. Derivado de ello, Manuel Atienza menciona que, “*el Estado de derecho ofrece mayores posibilidades para la argumentación que cualquier otro tipo de organización. Cabría decir que la idea regulativa de Estado democrático, es el sometimiento del poder a la razón y no de la razón al poder.*”³⁸⁴ Por ende, la argumentación al ser un método para legitimar el ejercicio del poder y a su vez racionalizarlo, puede ser comprendido como un límite del poder, con independencia de que actor lo ejerza.

A pesar de lo anterior, la función judicial sigue presentando un conflicto inacabado con la democracia deliberativa, por lo tanto, la argumentación se presenta como el instrumento idóneo para contrarrestar los intereses mayoritarios de las masas, de tal forma que aparece la llamada democracia constitucional, mencionada en páginas anteriores, así, se limita cualquier decisión sin importar la fuente de esta, ya sea que el poder derive de la llamada voluntad popular, donde las masas expresan su voluntad sin reparar las consecuencias, representadas por el legislador o el Ejecutivo, o también, las decisiones de funcionarios que no satisfacen a ninguna mayoría, pero si

³⁸⁴ *ibidem*, p. 94

a sus intereses personales o de los grupos de poder a los que sirve. Como menciona Manuel Atienza, “*En el contexto de las sociedades contemporáneas, existe cada vez más la idea de que las decisiones de los órganos públicos no se justifican simplemente por haber sido adoptadas por órganos que directamente o indirectamente reflejan las opiniones de la mayoría*”,³⁸⁵ lo cual es una garantía de limitación y racionalización de cualquier tipo de decisión.

La idea comienza a concretizarse cuando se limita una pretensión mayoritaria, al mismo tiempo que se integra un control de poder hacia los actos de aquellas autoridades que no han sido elegidas democráticamente. A partir de ello, el juez busca un criterio corrector al desempeño de la función pública, sobre actos que requieren un alto grado de discrecionalidad, como, por ejemplo, cuando una Secretaría pretende articular una política pública, considerando como eje rector de su acción los intereses políticos del momento, dejando de lado los parámetros de racionalidad y objetividad constitucional, para la construcción de dichas políticas que podrán quebrar un principio constitucional o a violentar un derechos humano. Es en ese instante cuando el juez está facultado para actuar, siempre y cuando, se le haya dado a conocer el caso por medio de una demanda, de esta manera, puede evidenciar a la administración pública y proteger a los demandantes de sus derechos, sin importar su raza, sexo, religión o condición económica.

Finalmente, se ha de mencionar la última relación entre la argumentación jurídica y la protección de los derechos humanos. Se reafirma lo anteriormente escrito, al concebir a la argumentación como un medio para la realización de los valores éticos constitucionales, lo que trae consigo una fuerte valoración del concepto de justicia y una revalorización del orden constitucional, así como del concepto autoridad, presentando una vía óptima para la defensa de los derechos fundamentales y las instituciones públicas. Como menciona Atienza, “*La necesidad de lograr el cumplimiento de ciertos valores respetando lo establecido por la autoridad es la razón de ser de la interpretación jurídica. Si solo hubiese autoridad, o la necesidad de hacer justicia, entonces no sería necesaria la interpretación.*”³⁸⁶ En conclusión, la argumentación jurídica es un pilar fundamental para poder llevar a cabo el Estado constitucional de derecho, con el fin de eliminar las arbitrariedades por parte de los agentes del Estado y los particulares, reformulando la función de la autoridad para tal tarea.

³⁸⁵ Atienza, Manuel, “Argumentación jurídica”, en Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (comps.), *El derecho y la justicia*, 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2000, pp. 231–232.

³⁸⁶ *ibidem*, p. 96.

Hasta ahora, estas posturas han sido clave para la adquisición de una conciencia de justicia, la cual ha permeado en todo el entramado institucional y estructural. Estas nuevas concepciones traen consigo una superación de los métodos interpretativos del positivismo formal y una clara superación del Estado de derecho liberal clásico, el cual ha anquilosado las estructuras de poder, sobretudo en reconocer el rol de los jueces como verdaderos actores constitucionales. Sumado a ello, se ha agrietado la ideología legalista y su discurso acrítico, que pretendía presentar a las disposiciones normativas como serie de obligaciones que se debían imponer por la fuerza con independencia de su contenido de justicia.

Sin en cambio, la argumentación jurídica ha permitido reestructurar estas posturas al eliminar la percepción jerárquica que domina en todo ámbito del positivismo formal, así como la posición inalterable en la que se encontraba el término “ley”, resultado de ello, comienza un proceso de la defensa de los derechos fundamentales, sin los cuales no podría concebirse una verdadera Constitución y como consecuencia, tampoco podría hablarse de un Estado constitucional de derecho. Es por ello que los Estados contemporáneos, deben adoptar estas nuevas posturas a fin de tomar los derechos en serio.

2.4 La actividad jurisdiccional desde la mirada procesal y la aplicación del derecho.

La actividad jurisdiccional no solo puede ser concebida desde una perspectiva meramente constitucional y de derechos humanos, sino, también, desde una perspectiva procesal, toda vez que el juez no solo debe argumentar, igualmente, tiene que plasmar sus actos procesales a través de determinados medios legales que le reconoce la ley para dicha función, de esta manera, se configuran reglas mínimas que deben seguirse en todo proceso.

Derivado de lo anterior, comenzó un estudio relativo a la función del juez desde esta perspectiva procesal, iniciando por detallar cuales eran las actuaciones que legalmente se esperan sean realizadas por estos operadores judiciales, asimismo, se planteó cuáles eran los requerimientos institucionales indispensables para llevar cabo esta tarea

2.4.1 Deberes de los jueces.

La aparición de los jueces marcó un hito histórico, debido que tal institución trató de resolver distintas problemáticas que habían sido insuperables para la sociedad de ese momento, dando

legitimidad a la existencia de órganos jurisdiccionales, así como su actividad. Para Carlos E. Alchourrón, fueron dos hechos los causantes de los anterior:³⁸⁷

- A) Ignorancia respecto de la resolución de un caso en concreto
- B) Incumplimientos o transgresión de normas

Respecto del primer problema, el profesor argentino menciona que la ignorancia proviene de un defecto del sistema jurídico, ya que, en algunas ocasiones, no existe la solución para un caso o, por el contrario, puede haber más de una respuesta, ignorando cuál es la solución correcta,

El segundo problema, reside en un sistema creado para resolver casos genéricos que siempre dan un resultado concreto y consecuencia de ello, una limitada respuesta hacia los casos particulares, los cuales pueden no encontrarse en los supuestos de hecho enmarcados en una legislación. Esto otorga la posibilidad a un individuo de quebrantar dichas disposiciones con su actuar y no ser castigado o disciplinado por ello, de tal forma que el perpetrador está en cualquier ámbito, estatal o privado.

Derivado de estos problemas, la organización política tuvo que instaurar a un órgano capaz de resolver y conocer este tipo de conflictos que se suscitaban entre los miembros de la comunidad, por lo tanto, al instaurar al poder Judicial, se buscó alcanzar dos objetivos. Primeramente, sujetar a un proceso a cualquier individuo que desacate ciertas normas y en consecuencia, imponer una determinada pena o reparación, dependiendo de la gravedad de los actos realizados por el individuo. Y de manera secundaria, hacer acatar las determinaciones que el mismo juez dicta a la hora de sentenciar p determina que alguien tiene que hacer o no hacer algo.

Estas facultades que son reconocidas a los jueces, no vienen solas, llegan acompañadas de determinados deberes que se comprometen a cumplir con el fin de poder ejecutar la tarea que se les ha encomendado, en este sentido, Daniel Mendonça identifica 3 deberes que el poder Judicial tiene que observar:³⁸⁸

³⁸⁷ Alchourrón, Carlos E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, sin lugar de impresión, Biblioteca virtual Universal, Editorial el cardo, 2003, p. 122, Disponible en: <https://www.biblioteca.org.ar/libros/89293.pdf>

³⁸⁸ Mendonça, Daniel, "Aplicación del derecho", en Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (comps.), *El derecho y la justicia*, 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 267

- A) Deber de resolver los casos: Los jueces deben de resolver de los casos que se le planten, siempre y cuando estén en su competencia, se podría decir que es una obligación genérica y obvia, de este punto se derivan obligaciones más específicas.
- B) Deber de fundar los fallos: Toda resolución debe de estar fundamentada, por medio de un razonamiento extraído de la argumentación del juez, con el fin de eliminar la arbitrariedad de la decisión.
- C) Deber de aplicar el derecho: Las resoluciones judiciales deben de fundamentarse solo en normas jurídicas, y en precedentes judiciales.

Existen otras posturas al respecto, las cuales no están determinadas por deberes, sino, por condiciones inherentes a la jurisdicción, en este sentido, la postura de Adolfo Alvarado Velloso, quien explica las atribuciones concurrentes de la judicatura, a través de 5 características: ³⁸⁹

- A) *Notio*: Facultad para conocer un asunto litigioso.
- B) *Vocatio*: Facultad para generar cargas procesales a las partes, obligándolas a comparecer en todo momento.
- C) *Cartio*: La facultad de emplear la fuerza pública, con el fin de garantizar el cumplimiento de las medidas impuestas y hacer que el desenvolvimiento del proceso se lleve sin retraso alguno a causa de la desobediencia de algún sujeto en el juicio
- D) *Judicum*: Facultad de resolver un caso litigioso, causando que un caso sea cosa juzgada
- E) *Executio*: La facultad de emplear la fuerza pública ante una sentencia no acatada por alguna de las partes.

De esta manera, son presentadas las facultades y deberes inherentes a la labor judicial, que parten desde su génesis hasta nuestros días. Las cuales tiene gran implicación procesal al momento de conocer un caso judicial.

2.4.2 Tipos de procesos que ha de conocer un juez.

Para poder entender mejor el deber procesal del juez, es menester adentrarse en el conocimiento de los tipos de procesos que debe de conocer. Las clasificaciones de los procesos son variadas, siendo que cada uno tiene un elemento de relevancia que describe de manera puntual los modos en los que debe de actuar un juez.

El primer tipo de proceso es el declarativo, el cual tiene por objeto que el juez resuelva si un determinado caso individual es genérico, la respuesta deberá ser breve, afirmando o negando,

³⁸⁹Alvarado Velloso, Adolfo, *Lecciones de derecho procesal civil, op. cit.*, pp. 116-117.

se afirma cuando se cumplan con los requisitos normativos y se niega cuando no se cumplan,³⁹⁰ ejemplo: cuando se determine si un contrato es válido o no lo es, o si tal acto se hizo conforme a la disposición normativa o no, etc.

El segundo tipo de proceso es el normativo, este se aleja de los procesos declarativos en tanto que se necesitan herramientas interpretativas para su resolución. Cuando uno se pregunta si es válida alguna actuación de un determinado sujeto, surgen un sin número de problemas que las disposiciones normativas no son capaces de determinar, por lo tanto, hay que fijar la mirada en las normas (normas entendidas como interpretaciones de las disposiciones normativa). Al respecto Daniel Mendonça menciona que, “*Los jueces no informan acerca de las soluciones suministradas por el sistema jurídico de referencia para el caso en particular, sino que expresan normas individuales que obligan, prohíben o permiten determinadas acciones derivadas de normas generales dictadas al respecto.*”³⁹¹

Por su lado, Alchourrón parte de la idea de que existen conflictos de intereses que se traducen en el tipo de proceso que será llevado a cabo por las partes y que deberá conocer el juez, de esta manera se divisan dos procesos.³⁹²

El primero versa respecto sobre la generalidad o la rareza del caso, esto dependerá de los hechos o de los intereses disputados. Mientras tanto, el segundo se centra en la calificación de una conducta normativa como su herramienta principal. Cada tipo de caso contiene una finalidad específica que el juez debe de alcanzar, por ejemplo, los casos del primer tipo, deben responder preguntas tendientes a identificar la generalidad del caso, preguntándose cosas como, ¿el contrato es válido?, o ¿este individuo es o no heredero?, etc. En tanto, en el segundo tipo de proceso, el juez debe formularse preguntas respecto de conducta previstas en la norma suscitadas en un caso concreto, por poner un ejemplo, el encuadre de una conducta atípica en materia penal.

Estos son los procesos que existen al resolver alguna litis, como se ha observado, dependerá del tipo de proceso el método interpretativo que se utilizará. Por ejemplo, para el primer tipo de proceso, pueden ser utilizado métodos de interpretación clásicos, tales como la subsunción o el silogismo, por el contrario, para el segundo tipo, serán utilizados métodos interpretativos que conllevan una dificultad mayor y requieran un análisis más riguroso.

³⁹⁰ Mendonça, Daniel, *op. cit.*, p. 268.

³⁹¹ *idem.*

³⁹² Alchourrón, Carlos E., *op. cit.*, p. 123.

Existen otras clasificaciones de los procesos que si bien, parten de una concepción formal, pueden ayudar a una identificación más amplia, para algunos procesalistas como Adolfo Alvarado Velloso, existen cinco procesos distintos, los cuales se pueden encontrar en cualquier legislación de corte procesal, estas clasificaciones parten de un entendido dogmático y son las siguientes:³⁹³

- A) Procesos judiciales y arbitrales: Distingue la intervención del Estado, en los procesos judiciales interviene la administración judicial, y en lo arbitral, la solución se da entre las partes, pero puede requerir de la ayuda de la administración judicial.
- B) Procesos contenciosos y no contenciosos: Lo definirá la manera de resolver el conflicto, si es contencioso habrá una disputa judicial entre partes, y si no lo es, se puede mencionar que no hay pleito judicial, a menudo una de las partes lo promueve de manera voluntaria.
- C) Procesos declarativos, Ejecutivos y cautelares: Apunta a lo que pretende lograr el actor utilizando este tipo de procesos
- D) Procesos ordinarios y especiales: Lo que distingue a este tipo de procesos son los métodos de interpretación y los intereses disputados por las partes.
- E) Procesos singulares y universales: Dependerán de lo que está en conflicto, en este caso el número de bienes que se disputen en una contienda judicial, si es solo un bien, será singular, si son todos los bienes, se considerará universal.

Esta clasificación es primordial para poder identificar los tipos de sentencias u otras resoluciones judiciales, de esta manera, serán claras las acciones procesales que el juez deberá desplegar para dar respuesta procesal a una petición.

2.4.3 Tipos de resoluciones y sentencias.

Existen distintos tipos de sentencias, las cuales dependerán del tipo de proceso que el juez hay conocido, Alchourrón distingue dos tipos de sentencias.³⁹⁴

- A) La sentencia declarativa
- B) La sentencia normativa

La sentencia declarativa responde a aquellos procesos contenciosos en los cuales haya que realizar una clasificación normativa, este tipo de sentencias suelen tener enunciados evidentes que ayudan a su identificación, por ejemplo, si tal acto procesal, pertenece a un conjunto de actos procesales que dan lugar a un proceso civil, ello ayuda a una somera clasificación, sin embargo,

³⁹³ Alvarado Velloso, Adolfo, *op. cit.*, pp. 170-171.

³⁹⁴ Alchourrón, Carlos E., *op. cit.*, pp. 124-125.

no contienen normas (interpretaciones que permitan, limiten o nieguen algo), sin embargo, producen efectos jurídicos.

El segundo tipo de sentencias son las normativas, las cuales buscan dar respuesta a determinadas preguntas, manifestando si un acto está en conformidad con el sistema jurídico vigente. Para poder resolver este tipo de casos, el juez, por medio de su sentencia, determinará si tal acción que reclama el demandado, puede ser realizada o no, o si debe ser limitada. Si la demanda es rechazada, habrá quedado claro que la acción base de la pregunta es improcedente, por lo tanto, se formulará una nueva norma a nivel judicial, la respuesta ya sea positiva o negativa contendrá una norma específica.

Daniel Mendonça, por su parte, menciona que las sentencias judiciales dependerán del tipo de conductas que desplieguen los sujetos de la disputa judicial, de esta manera, pueden ser identificadas cuatro tipos de directivas, las cuales son:³⁹⁵

- A) Conducta obligatoria: Si la conducta que se somete a un tribunal, es obligatoria, el juez deberá exponer en su sentencia la condena o ejecución de la misma, dándole causa a la demanda.
- B) Conducta facultativa: Si la decisión del tribunal versa sobre una conducta facultativa, el juez podrá rechazar lo que el actor pretenda con su demanda.
- C) Conducta prohibida: Si el acto de una de las partes es prohibido, por consiguiente, el juez deberá determinar su rechazo o si es en cause penal, determinar la condena.
- D) Conducta no reguladas: Pueda darse el caso de que no exista una regulación de las conductas desplegadas por las partes en el juicio, por ende, no sabemos si el sistema jurídico pueda tener una norma que resuelva esta cuestión, debido a ello, la respuesta podrá hallarse en la ciencia jurídica o en la razonabilidad. Así podrá aceptar o rechazar la demanda.

Cabe aclarar que las clasificaciones anteriores responden meramente a los tipos de procesos, creando una relación procesos–sentencia o – procesos-conducta-sentencia, estas relaciones sirven para identificar de una manera funcional el desenvolvimiento del juez, como aplicador e intérprete de la norma, sin embargo, existen otras clasificaciones que se identifican

³⁹⁵ Mendonça, Daniel, op. cit., p. 269.

por una postura más dogmática que funcional, así puede dar lugar a una relación norma-sentencia. Alvarado Velloso siguiendo esta lógica, propone 2 clasificaciones que a la vez se subdividen:³⁹⁶

- A) Definitiva
- B) Interlocutoria

Las sentencias definitivas pueden ser de dos tipos:

- Aa) La sentencia definitiva llana: Respecto a este tipo de sentencia se puede mencionar que son aquellas que resuelven el litigio, aceptando o negando la pretensión que el actor expone en su demanda.
- Ab) La sentencia definitiva estimatoria: Esta sentencia pone fin al litigio cuando el juzgador se acoge totalmente a la pretensión formulada por el actor, aquí gana el actor y pierde el demandado, estas sentencias se clasifican dependiendo de la pretensión procesal inmersa en la demanda.

Por el otro lado, están las sentencias interlocutorias, las cuales tienden a resolver cuestiones incidentales durante la tramitación de un proceso, existen dos tipos:

- Ba) Interlocutorias que tiene fuerza de sentencia definitiva: Son las sentencias que resuelven excepciones dilatorias como podrían ser, la orden del archivo de cusa, la admisión, la recusación contra un juez, rechazo de medios de prueba, medidas disciplinarias, etc.
- Bb) Interlocutorias simples: Son todas aquellas que deciden exclusivamente acerca de incidentes que puedan llevar en el desarrollo del debate procesal y no sobre el derecho pretendido en la demanda.

2.4.4 Justificación de las sentencias

Hasta ahora solo se han mencionados los tipos de procesos y sentencias, toca el momento de estudiar, introductoriamente, la justificación de estas últimas, así como su relación con los contextos normativos, para ello se debe de distinguir entre dos tipos de justificaciones, que son, la interna y la externa.³⁹⁷ Por su parte, la justificación interna dependerá de un ejercicio deductivo, a partir de una relación entre premisas y la conclusión de carácter lógica, derivado de ello, no existirá una concreción de validez material, sin embargo, la justificación interna estaría subyugada

³⁹⁶ Alvarado Velloso, Adolfo, *op. cit.*, pp. 599.

³⁹⁷ Mendonça, Daniel, *op. cit.*, pp. 274-276.

a la validez formal, sin determinar ningún juicio valorativo, de esta manera, la justificación interna solo puede producir inferencias lógicas, lo que lleva a pensar que tal postura solo afirma consecuencias deductivas, negando la razonabilidad de cualquier tipo de principios constitucional, así como el análisis del contenido legal.

Para colmar este tipo de justificación, Paolo Comanducci previó que el juez pudiera realizar 4 ejercicios de corte deductivo, los cuales justificaran silogísticamente su sentencia,³⁹⁸ estas actividades son: la elección de una norma jurídica válida, la toma de decisiones acerca de los hechos; el uso de la subsunción como método para la elección de la norma a utilizar, así como la identificación de las consecuencias jurídicas cuando aplica una disposición normativa. Esto solo es un punto de partida, pero no de llegada, por lo tanto, este tipo de justificación reduccionista puede dejar cabos sueltos.³⁹⁹

El segundo tipo de justificación de la decisión judicial es la externa, la cual requiere que sean permitidas premisas de calificación, como lo adecuado, lo justo, lo correcto. También, plantea la necesidad de una corrección material en la que el juez utilizará técnicas argumentativas para inaplicar una disposición normativa o en su caso expulsarla.⁴⁰⁰ Así, la función judicial permite establecer estándares morales, con el fin de permitir o expulsar actos contrarios a ella. Esto es por sí mismo, un método racionalizador del derecho, que dota de sentido a las disposiciones normativas. De esta manera, la interpretación pasa a ser un ejercicio donde se le da un significado a un enunciado, el cual es elegible, pero esta elección siempre debe estar sujeta a controles democráticos y constitucionales.⁴⁰¹ Por esta vía, la argumentación jurídica puede ser plasmada en las sentencias, dotándolas de un valor especial, no solo en el campo práctico, sino también, en el mundo académico.

2.4.5 Aplicación del derecho

Existen dos conceptos clave para poder entender la aplicación del derecho, el primero es el acto de aplicación y el segundo es la aplicabilidad.⁴⁰² Siendo estos el último paso para la expedición de una sentencia judicial.

³⁹⁸ Comanducci, Paolo, *Razonamiento Jurídico, elementos para un modelo, cit.*, p. 80.

³⁹⁹ *ibidem*, pp. 81-84.

⁴⁰⁰ Mendonça, Daniel, *op. cit.*, p. 275.

⁴⁰¹ Comanducci, Paolo, *Razonamiento Jurídico, elementos para un modelo, cit.*, p. 95.

⁴⁰² Mendonça, Daniel, *op. cit.*, p. 279.

- A) La aplicación: Una norma puede ser aplicada por un juez en un caso individual, si, y solo si, la norma es usada por el juez para la resolución de la hipótesis normativa dentro de la norma.
- B) Aplicabilidad: Una norma puede ser aplicable por un juez en un caso individual, si, y solo si, se dan las condiciones previstas en el sistema jurídico para la aplicación, que dará como resultado que sea aplicable o no.

Es así que para la aplicación de una norma se necesita contemplar los parámetros de validez formal y material, establecidos por un sistema jurídico determinado.

Capítulo 3 La independencia judicial y sus requerimientos.

3.1 La independencia judicial

Para Requejo Pagés, la independencia judicial es un cúmulo de ideas con carácter institucional, las cuales pueden ser correctas o incorrectas, estas últimas aparecen cuando se utiliza a la idealización de la función del juez como punto de inicio para realizar estudios académicos serios o con el fin de ser llevados a la práctica, de tal forma, se cae en el error, ya que en algunas ocasiones, estas idealizaciones responden a una necesidad de ética judicial y no a una postura objetiva que represente fielmente el concepto institucional de independencia judicial.⁴⁰³ Por ende, la independencia judicial de carácter objetiva e institucional, nada tiene que ver con suposiciones o creencias que pueden rondar alrededor de la actividad jurisdiccional, debido a que su principal propuesta está centrada en la eliminación de toda subordinación externa o interna que pudiera someter al juez.⁴⁰⁴ De esta manera, el ordenamiento constitucional puede mantener una limitación de poder respecto de los actores del poder público, siendo los jueces el instrumento idóneo para realizar tal tarea, ya que sus resoluciones se encuentran desconectadas de intereses políticos, por el hecho de que deben de resolver conforme al derecho y no solo eso, sino que deben de respetar ciertos límites axiológicos, como los derechos humanos o los principios constitucionales.

Por lo tanto, la independencia judicial de ser concebida como un elemento material o axiológico, sin el cual, no se puede hablar de Estado constitucional de derecho, ya que atiende a un requerimiento de justicia, entendido como exigencia moral que, junto a otros principios, puedan servir de base al resguardo del orden constitucional y a otros tópicos de relevancia, como son, la democracia constitucional o los mecanismos de protección de derechos humanos. Es menester mencionar que la independencia judicial puede tomar un cuerpo institucional, de manera que no solo se conciba como un estándar para la valoración de una actuación, sino que obligue la creación de un órgano burocrático para su garantía.

Para otros autores, como Karl Loewenstein, la independencia judicial es teorizada desde dos perspectivas. La primera, parte del entendido de que la *ratio*(razón) pertenece al juzgador, la cual debe de estar libre de toda influencia o presión exterior, eliminando la alta probabilidad de afectar la imparcialidad a la hora de dictar la decisión judicial. Sin embargo, esto no significa discrecionalidad, ya que la actividad judicial no es una carta abierta para la arbitrariedad personal,

⁴⁰³ Requejo Pagés, Juan Luis, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid España, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 161.

⁴⁰⁴ *ibidem*, p. 163.

por el contrario, el juez tiene que fundarse en derecho al momento de decidir, que la metodología interpretativa cambie, no sugiere que se aparte de la disposición normativa.⁴⁰⁵

A pesar de estas características específicas que cubren a esta noción, sigue habiendo gran confusión respecto del significado, debido a que, en la actualidad, no hay un acuerdo general que ponga una sola acepción del término “independencia judicial”, como la correcta, por el contrario, cada país tiene un concepto propio, llevado a cabo por medio de su legislación, precedentes y praxis. Debido a lo anterior, se ha tratado de clasificarla, con independencia de su naturaleza formal o material, en la caracterización personal de los operadores judiciales, naciendo con ella las garantías institucionales, que no son más que principios constitucionales indeterminados que sirven como parámetro para excluir o permitir acciones estatales, con autonomía de lo estipulado por la norma. Por ejemplo, la inamovilidad del cargo judicial, se constituye como un principio y estipula que el juez solo puede ser removido por procedimientos disciplinarios de control de poder, siempre y cuando esto hayan respetado reglas mínimas de debido proceso, así como haber respetado todos los derechos del acusado, ya sea dentro de un proceso de carácter político, como el *Impeachment* estadounidense o inminentemente judicial, como los procesos de sanción que realizan los Consejos Judiciales en el mundo, posterior de una investigación detallada de la actuación debida o indebida de un juez, considerando si amerita una sanción administrativa leve o en el peor de los casos, una suspensión o inhabilitación del cargo. Muchas veces los Estados suelen romper estos principios, sin siquiera darse cuenta, ejemplo de ello, es el prohibir que haya una instancia judicial, imparcial y neutral que pueda revisar el caso. Así, la independencia personal puede verse desde una perspectiva material y también formal.

Otra de los tipos de independencia, es la funcional, la cual parte de la división de funciones respecto de otros poderes, esta postura deja de lado temas como la imparcialidad de la decisión judicial, y se centra en la manera en que el juez desempeña su función en relación con otros actores del poder público y privado, tratando de diseñar un modelo para evitar intervenciones extrañas, derivadas de la administración pública, el poder Legislativo o peor aún, de la misma sociedad.

De esta manera se asegura que la sentencia estará limpia de ordenes o presiones externas e internas. En las próximas líneas, se hará hincapié en la manera en la que se ha configurado la

⁴⁰⁵ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad.de Alfredo Gallego Anabitarte, Madrid, Editorial Ariel, 2018, p. 294.

independencia judicial, primero como exigencia y con posterioridad como obligación estatal.⁴⁰⁶ Cabe mencionar que existen ordenes validas a nivel interno respecto de las decisiones judiciales, donde un tribunal de mayor jerarquía puede ordenar a otro de menor jerarquía, algo razonable que debe ser debidamente fundamentado en leyes orgánicas y en conformidad a los principios constitucionales, como por ejemplo, un requerimiento de informes para conocer la actuación del tribunal menor.

En consecuencia, se busca garantizar que los detentadores de la función jurisdiccional, establecidos con anterioridad para resolver un sin número de casos, tengan el monopolio de la jurisdicción. Por lo tanto, es recomendable que deba existir un uso excepcional, casi prohibido, de los tribunales especiales o jurisdicciones no judiciales, como el poder Legislativo o los juicios administrativos con dependencia directa del Ejecutivo. Debido a que estos poderes tienden a violar las reglas mínimas del debido proceso, como la presunción de inocencia del acusado o en el peor de los casos, pueden ser utilizados como herramienta política para juzgar a un funcionario sin las pruebas necesarias para una imputación.

Para Loewenstein, esta situación es clara, ya que afirma que deben ser permitidas ciertas excepciones, para casos excepcionales que indiquen razones objetivas para tal autorización. La primera, respecta a la función asignada a la Cámara de los lores, como órgano que conoce sobre apelaciones judiciales. Debido a que este órgano se compone por tres especialistas del derecho, los cuales han tenido una sobrada experiencia en materia de impartición de justicia, constituyéndose en el tribunal supremo inglés; sin embargo, hay cuestiones que deben ser tajantemente prohibidas, cosas como la persecución criminal, por parte del poder Legislativo a un actor político, cosa que fue prohibida por la Justice Act de 1948.⁴⁰⁷

La segunda excepción del monopolio judicial presentada por Loewenstein, versa sobre el ejercicio de la justicia política por parte del parlamento, tales figuras no representan verdaderos juicios, ya que no atienden a verdaderos parámetros de justicia, sino más bien, es un conflicto político entre actores del poder público que no acabará en pena de cárcel, para la época en que Loewenstein escribió referente a este tema, la institución a nivel mundial estaba en desuso.⁴⁰⁸ Sin embargo, en la actualidad ha comenzado un interés renovado por dicha figura, ya que en

⁴⁰⁶ *ibidem*, p. 295.

⁴⁰⁷ *ibidem*, pp. 296-297.

⁴⁰⁸ *ibidem*, p. 297.

Latinoamérica se ha utilizado de manera reiterada con el fin de dañar a los jueces de las Cortes Supremas o dar golpes de Estado, esto ha dado lugar a razonamientos jurídicos por parte de organismos supranacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha desestimado la posibilidad de su ejercicio cuando no se cuente con el respeto a la independencia judicial y a las reglas del debido proceso, por ende, tal juicio debería ser reformulado o en su caso prohibido.⁴⁰⁹

En resumen, el monopolio del poder Judicial respecto de su jurisdicción es garantía de control del poder, el juez, al utilizar técnicas interpretativas como el control de constitucionalidad, convencionalidad o la argumentación de los casos difíciles, abre la puerta a una limitación real de la arbitrariedad e indirectamente coloca la base para un Estado constitucional de derecho.

3.1.1 El origen de la independencia judicial

Podemos mencionar que por lo menos existen dos posturas en cuanto al origen de la independencia judicial. La primera, visualiza a la independencia judicial en un sentido de exigencia, sin consolidarse en una estructura institucional. Por exigencia, se entiende como aquel requerimiento necesario para que una acción determinada pueda ser realizada. Mientras que, por estructura institucional, debe entenderse aquel entramado institucional que busca cumplir con la exigencia, introduciéndola como un fin a seguir. Asimismo, la estructura institucional se convierte en un mecanismo de limitación del poder propio y ajeno, que puede o no, estar constitucionalizado.

La independencia judicial como exigencia, apareció por primera vez en la antigüedad, como respuesta a los reclamos que existían sobre la función personal del juez a la hora de resolver un caso. El ejemplo clásico, surge en la Grecia del siglo VIII y VII antes de cristo, dentro de un contexto social polarizado, dividido en dos grupos sociales. Como atestiguaron distintas obras literarias de la época, había una división profunda y desigual entre quienes poseían riqueza y poder, y lo que solo poseían su fuerza de trabajo como único sustento para sus vidas.

Por ejemplo, la *Ilíada* de Homero relata a una sociedad ideal, liderada por un grupo selecto de aristócratas, quienes tenían como fin único, luchar por el poder político para demostrar quién

⁴⁰⁹ CIDH, Resolución de la Corte interamericana de derechos humanos, de 29 de mayo de 2018 solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Interamericana de derechos humanos. Disponible en: https://www.cortelDH.or.cr/solicitudoc/sor_01_18_esp.pdf

era el mejor.⁴¹⁰ De esta forma, se alentaba una competencia entre individuos iguales, denominados *Basileus* (basileos),⁴¹¹ entre los cuales se encontraban los héroes clásicos como Ulises, Agamenón y Aquiles, quienes siendo de una casta de privilegiados, podían repartir las recompensas de la conquista entre sus seguidores y conciudadanos. Este grupo representaba los máximos valores que un individuo podía alcanzar y eran el prototipo de ciudadano que las ciudades Estado griegas esperaban, un sujeto que, además, era recompensado con tierras, sustentando, así, un sistema económico de cacicazgo local.

Una de las historias de especial interés para la independencia judicial, es representada en la *Ilíada*, específicamente en el canto XVIII, referente al escudo de Aquiles.⁴¹² Aquí se hace muestra, de manera breve, la manera en que era la organización judicial, por un lado, estaban los heraldos, quienes auxiliaban la administración de justicia limitando las actitudes violentas que pudiera manifestar la población en contra de los jueces o de las partes del juicio (una especie de independencia judicial externa), por el otro lado, existía un consejo de ancianos, quienes decidían de manera colegiada la sentencia, parecidos a un cuerpo de magistrados. Lo sorprendente de este tipo de juicios era la publicidad real y orgánica, donde la sociedad era parte de la decisión, pero limitadamente. Este modelo de justicia era el ideal para gran parte de la aristocracia de aquella época, puesto que sus miembros eran los únicos que podían contender por este tipo de cargos, asimismo, eran los únicos que tomaban las decisiones políticas, corrompiendo, en muchas ocasiones, la naturaleza institucional de la figura que representaban.

Es aquí donde aparece el gran contraste social y de pensamiento, respecto de los grupos aristocráticos plasmados por Homero, cuyos valores nublaron la verdadera realidad social de la época. Como contra respuesta apareció la obra de Hesíodo, titulada “Trabajos y Días”,⁴¹³ en la cual retrató el mundo de la desigualdad social; sobre todo de las injusticias judiciales, la corrupción y de todo aquello a que se enfrentaban los miembros de la clase baja en su relación con los grupos sociales más privilegiados.

⁴¹⁰ Homero, *La Ilíada*, Biblioteca digital ILCE, Obras Clásicas de siempre, p. 424, Disponible en : <http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/Colecciones/ObrasClasicas/docs/Iliada.pdf>

⁴¹¹ Barceló, Pedro y Hernández de la Fuente, David, *Historia del pensamiento político griego (teoría y praxis)*, España, Editorial Trotta, 2014, pp. 57-58.

⁴¹² Homero, *La Ilíada*, op. cit. p. 424.

⁴¹³ Hesíodo, *Trabajos y Días*, Biblioteca digital de la literatura, p. 6. Disponible en: <http://www.ladeliteratura.com.uy/biblioteca/hesiodotrabajos.pdf>

Hesíodo comienza su obra narrando en primera persona su conflicto judicial en contra de su hermano Perses, quien le disputaba la herencia de su padre. La historia transcurre en el reino de Beocia, lugar donde se encuentra el tribunal competente, ante el cual, el autor tiene que presentar su caso. Sin embargo, él no es favorecido por los funcionarios judiciales, debido a que decide no ser parte de la corrupción de aquel lugar, de esta manera, termina por denunciar a los Basileos que conocieron de su caso, quienes estaban más interesados por recibir sobornos de su hermano Perses, que por resolver el caso con imparcialidad. Por lo visto, la idea del juez independiente de las partes e imparcial en su actuar, solo era una exigencia de conducta mínima, que nunca pudo ser materializada de facto. Hesíodo es testigo de la esfera de impunidad que gozaba la aristocracia de su época, asimismo, su obra es testimonio de la condición de desigualdad social en la que se encontraban sus conciudadanos, propiciada por los abusos de los poderosos y un sistema que los excluía de los cargos públicos.

Como vemos, el mundo antiguo concebía a la independencia judicial como una exigencia ética en el actuar de los jueces, esto es explicable, debido a que por aquella época nadie se había preguntado sobre las diferentes funciones del poder y la figura del Estado, como lo conocemos, estaba lejos de aparecer.

Otro de los ejemplos históricos respecto de este tema, se halla en la sociedad romana, la cual, en un principio, era hermética y totalmente aristocrática. Al inicio de la monarquía romana, la impartición de justicia estaba en las manos de un colegio de sacerdotes, dirigido por el Rey romano, quienes, en conjunto, decidían sobre las problemáticas religiosas, así como de las problemáticas litigiosas de orden civil.

Estas interpretaciones y resoluciones se tomaban con base en fórmulas predeterminadas,⁴¹⁴ debido a que no existía otra manera de hacer justicia, asimismo, la independencia judicial era desconocida para los primeros romanos. Este arcaico modelo se desmoronó con el tiempo y aparecieron las primeras magistraturas, junto con el advenimiento de la República. En esta etapa histórica, ya es posible dilucidar a la independencia judicial respecto de la función personal del juez, sin embargo, nunca pudo instaurarse una estructura institucional para proteger dicho principio. De esta manera se configuraron las magistraturas, sometiéndose a algunos principios

⁴¹⁴Gavernet Haroldo, Ramón y Mojer, Mario Antonio, *El romano, las tierras, las armas, Evolución histórica de las fuentes del derecho*, Buenos Aires Argentina, Editorial Lex, 1993, p.37.

que le permitían funcionar con eficacia, tales como el ejercicio del cargo de manera colegiada, temporal, honoraria y responsable.⁴¹⁵

- A) Colegiada, por el hecho de que la última palabra ya no la tendría un solo individuo, como era el caso del Rey romano, sino que los asuntos deberían ser discutidos con varios funcionarios a fin de llegar a una solución.
- B) Temporal, ya que el cargo no sería vitalicio, sino que los magistrados durarían solo un periodo en el cargo y estaría en constante cambio.
- C) Honoraria, este tipo de cargos estaban designados para las personas más honorables de la República, es por eso que no se otorgaba una remuneración por concepto de su función.
- D) Responsable, significaba que estaban siendo evaluados constantemente, respecto de sus capacidades y sus tipos de sentencia.

Cabe mencionar que en esta época se configuraron dos tipos de magistraturas paralelas, la aristocrática y la popular, respecto de la primera, se encuentran a aquellos magistrados elegidos por el propio Senado, para desempeñar funciones judiciales y administrativas de gran importancia, como, por ejemplo, los cónsules, sus auxiliares, los pretores, los ediles, los censores, etc.⁴¹⁶ Sin embargo, dicho grupo excluía a gran parte de la población, por lo tanto, se conformó la magistratura popular con el objetivo de dar voz a los miembros de las clases más bajas, además de permitirles participar en la vida política de la República, este es el caso de los tribunos plebes.

Esta institución apareció como una clara contraposición al poder aristocrático romano, donde el pueblo jugó un papel muy importante al revelarse contra las clases altas. La gota que derramó el vaso fue una litis, respecto de usura generalizada, la cual perjudicó a gran parte de las clases bajas, a esto se le sumó los altos impuestos y la recesión económica que sufría Roma en el siglo V antes de cristo, de esta manera, la aristocracia se enriqueció de manera desmedida. Esto alentó al pueblo a tomar las armas, llevando como consecuencia una grave crisis social que culminaría con la constitución de un órgano llamado, “tribunal de la plebe”,⁴¹⁷ así, se abrió paso a nuevos medios de protección a las clases más desprotegidas.

Lamentablemente no pudieron constituir un verdadero poder que fuera contrapeso de la aristocracia, ya que la institución no poseía *Imperium*, ni soberanía (ya que respondía a los

⁴¹⁵ *ibidem*, p. 48.

⁴¹⁶ *ibidem*, pp. 49-54.

⁴¹⁷ *ibidem*, p. 57.

requerimientos del pueblo, más no a la convicción de los jueces), no podían convocar a ningún tipo de llamada, con excepción del nombramiento de algún miembro del tribuno, ni tampoco podían entablar una relación con el senado.

Las pocas facultades que ejercía este tribuno relacionadas con el control del poder, eran muy acotadas, por ejemplo, podía ordenar el arresto, la multa o hasta la decapitación de algún funcionario del régimen republicano, siendo interrogados y presentados ante comparecencia del tribuno del pueblo, por un delito que se le imputara contra este. A pesar de los esfuerzos por mantener la institución, esta figura moriría junto con la República. Al instaurarse el Imperio, los magistrados pasaron a ser miembros de la administración pública, sometidos a los actos imperiales del poder en turno.

A la caída de este régimen, las jurisdicciones siguieron su desarrollo, en el período que abarca de la edad media al renacimiento, inicialmente fueron los visigodos quienes recuperaron gran parte del derecho romano, combinándolo con sus tradiciones bárbaras. Esta etapa histórica es bien conocida, porque apareció el sistema inquisitivo, asimismo, este tipo de jurisdicciones no contaban con una independencia judicial estructural, ya que dependían del Rey. Autores como Piquer Marí, señalan que *“En un contexto donde el rey es el custodio supremo de justicia, la legislación ya nos muestra el papel director del juez en la práctica probatoria para que bene causam cognoscat, permitiéndole que inquiera a fin de alcanzar la verdad”*,⁴¹⁸ lo que en la práctica, posibilitaba al juez a realizar acusaciones con pruebas no racionales, en nombre y al amparo del rey.

La unificación del poder en una sola mano, hizo a la monarquía el modelo político por excelencia en toda Europa, sobretudo en España, donde la administración de justicia fue encargada al fuero real, ya que se concebía que la gracia del rey debía determinar e imperar en todos los asuntos litigiosos del reino, sin embargo, tal dependencia era aparente, pues en la práctica, los jueces gozaban de cierta independencia respecto del rey, siendo éste, actor de primera mano, en casos excepcionales. Esto cambió radicalmente con la llegada del rey Alfonso XI, quien buscó por todas las formas legales e ilegales, hacerse con el control del poder Judicial, logrando su cometido en 1343. Este soberano buscaba utilizar a los jueces para perseguir a sus enemigos,

⁴¹⁸ Piquer Marí, José Miguel, “la justicia en la edad media: la pervivencia de los principios inquisitivos y de libre aportación de prueba”, en *Vergentis: revista de investigación de la cátedra internacional conjunta inocencia iii*, Barcelona España, 2017, p. 274.

proteger la iglesia católica y neutralizar a los pequeños usurpadores que podrían iniciar una rebelión en su contra.⁴¹⁹

La tendencia a monopolizar el poder público en los últimos siglos de la edad media, consolidó a los antiguos regímenes monárquicos en toda la Europa continental, dando pauta a los Estados despóticos sustentados en la función del rey; con excepción de Inglaterra, la cual contaba con los primeros órganos de control del poder. Casos como el del poder Judicial francés, ejemplificaban el desmedido poder del absolutismo, lo que comenzó con los reyes españoles, terminaría por degenerar la mayor parte de las judicaturas en el mundo occidental. En Francia, el antiguo régimen había sembrado la decadencia que terminó en crisis institucional, así, el poder Judicial francés del siglo XVII y XVIII estuvo envuelto casos de corrupción pública. Michael Foucault, mencionó que esto sucedió gracias a una política de apropiación de los cargos públicos, los cuales podían ser comprados, vendidos o heredados, esto hacía que el acceso a la justicia se convirtiera en un tema oneroso y el acceso al poder público un tema de privilegio, con independencia de si se tenía el conocimiento suficiente para ejercer el cargo.⁴²⁰

Lo anterior, se sumó a la delegación de la función jurisdiccional por parte del rey hacia los órganos administrativos, lo cuales, muchas veces, tenían más poder que los mismos tribunales judiciales, esto creaba un ambiente de rivalidad, ya que cada órgano debía defender las situaciones personales, económicas y políticas de sus integrantes. El exceso de poder y la desorganización institucional, cobró factura, provocando que se pasara por alto las apelaciones, se dictaran sentencias arbitrarias, el rey, por su parte, podía suspender procesos, declarar incompetentes a los magistrados, revocarlos de sus cargos y hasta desterrarlos.⁴²¹ La intromisión del monarca, llegó a tal punto, que la administración comenzó a crear puestos judiciales para venderlos al por mayor y conseguir más ganancias, lo que a su vez terminó por burocratizar, aún más, el sistema judicial, provocando una parálisis en todo el sistema judicial.

Después de la caída de los antiguos regímenes, el papel del poder Judicial desaparece de los sistemas jurídicos de la Europa continental, con excepción de Reino Unido. Aunado a ello, apareció un fortalecimiento de la función administrativa, a partir de la institución del Imperio

⁴¹⁹ Pérez de la Canal, Miguel Angel, *La justicia de la Corte de Castilla durante los siglos XIII A XV*, S/e, Madrid España, Tesis doctoral de la Universidad de Madrid, 1962, p. 9, Disponible en: <http://institucional.us.es/revistas/historia/02/06%20perez%20de%20la%20canal.pdf>

⁴²⁰ Foucault Michael, *Vigilar y castigar*, 2ª ed., trad. de Aurelio Garzón del Camino, México, Editorial siglo veintiuno editores, 2016, p. 91

⁴²¹ ibidem, p. 93.

napoleónico. De esta manera, la política constitucional estuvo determinada por dos poderes, excluyendo a los jueces de las decisiones políticas fundamentales, así, se constituyó un poder administrativo desbordado y una legislación que le servía como instrumento para ampliar sus funciones.⁴²² el poder Judicial solo quedó reducido a un cuerpo que resolvía problemas de carácter civil y penal, al apego acrítico a las disposiciones normativas, sin embargo, hubieron honrosas excepciones, como el “buen juez” Magnaud, quien fue de los primeros jueces en plantearse el uso de principios axiológicos, como los criterios de equidad para resolver casos difíciles.⁴²³

El contexto europeo, posterior al siglo XIX y hasta finales de la segunda guerra mundial, es confuso. Existieron intentos por hacer de los tribunales, defensores de la Constitución, como ejemplo claro, está el tribunal Austriaco de Hans Kelsen,⁴²⁴ quien propuso por primera vez el control constitucional concentrado a cargo de un juzgado centralizado que pudiera conocer sobre problemáticas constitucionales, sin embargo, desapareció con la ruptura de la República de Weimar y el ascenso de las fuerzas conservadoras en 1929. A pesar de lo sucedido en Europa, los tribunales constitucionales siguieron en función, en países como los Estados Unidos de América, donde el poder Judicial permaneció limpio de influencias externas, con algunas excepciones históricas. Para el profesor Karl Loewenstein, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América es un verdadero controlador del poder, ya que, entre sus funciones, se encuentra el poder de reclamar, o usurpar, el derecho a invalidar leyes del Congreso por ser incompatibles con la Constitución.⁴²⁵ Por ende, existe un control sobre las decisiones legislativas y el presidente, en palabras exactas de Loewenstein, “*la intercalación del poder Judicial en el proceso de poder es, desde luego completamente ajena a la concepción originaria de detentadores del poder respectivamente independientes*”.⁴²⁶

A diferencia de Estados Unidos, en la Europa continental de los años treinta, se había intensificado la falta de independencia judicial, tal ausencia fue una de las principales razones por la cual los regímenes totalitarios aparecieron. El poder Judicial se había descuidado tanto, y la falta de independencia judicial prolongado por siglos, que el sistema judicial llegó a un punto

⁴²² Loewenstein Karl, op. cit., pp. 89-134.

⁴²³ María Mena, José, La ladrona, el juez y el panadero, El país, 19 de septiembre de 2012. Disponible en: https://elpais.com/ccaa/2012/09/19/catalunya/1348082317_556232.html

⁴²⁴ Lagi, Sara, “Hans Kelsen and the austrian constitutional court (1918-1929)”, *Revista Co-herencia*, Medellín Colombia, 2012, Vol. 9, No 16, Enero - Junio, p. 274. Disponible: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/co-herencia/article/view/1187/1074>

⁴²⁵ Loewenstein Karl, op. cit., pp. 138-139.

⁴²⁶ *idem*.

muerto, donde perdieron la *ratio*, para aplicar la norma. Este es el caso de la Alemania Nazi de Hitler, nacida como un intento de fusionar al Estado y al partido nacional socialista, como órgano revisor y legitimador de todas las decisiones de Estado, como resultado, la judicatura se llenó de miembros del partido nacional socialista a los que se les encomendó ejecutar las ordenes de Hitler, revistiéndolas de legalidad.⁴²⁷

A diferencia de los Estados absolutistas del viejo régimen, el Estado nacional socialista no otorgaba cargos por razones de tesorería, sino por razones ideológicas, quienes querían ser jueces, debían de estar de acuerdo con todas las atrocidades del régimen. Por esta vía, Hitler aseguró obediencia absoluta y logró depositar en su persona, todas las funciones del Estado, como hacer leyes, rechazarlas, administrar el gobierno, ejecutarlas, intervenir en procesos judiciales que eran de su interés, anular sentencias. Por si fuera poco, y para dominar de manera absoluta al poder Judicial, Hitler reconoció a su partido como único órgano revisor de las sentencias judiciales derivadas de la primera instancia, de esta manera, se aseguró la lealtad de los jueces, obligándolos, además, a asistir a sesiones de la asamblea del partido nacional socialista.⁴²⁸

Esta postura fue la representación máxima de la ausencia de la independencia judicial, donde el juez no solo estaba atado legalmente a otros poderes, sino que también, debía de estar atado ideológicamente, considerando la visión de líder como la única postura que dota de legitimidad a la nación. Con la derrota de la Alemania nazi, vendrían cambios radicales, sobre todo en la manera de concebir a la independencia judicial, dotándole de un sentido material, sin dejar de lado la parte estructural y de exigencia.

Aún y con todo este cambio paradigmático, algunos Estados que no habían sufrido los horres de la gran guerra, encasillaron a la independencia judicial como un precepto contenedor de buenos deseos, como fue el caso mexicano, donde ni siquiera pudieron concebir una idea plena sobre el término “independencia judicial”, remitiendo a una postura limitada, representada en la inmovilidad del juez como un principio de ética judicial. Es así como Burgoa Orihuela justificó la autonomía del poder Judicial, desde un sistema de valores éticos, personales, idealizando al juez como aquel representante de la voluntad del Estado, quien es honesto y patriótico,

⁴²⁷ Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, p. 85.

⁴²⁸ *ibidem*, p. 86.

continuando con un desarrollo histórico, el cual es iniciado desde una perspectiva vertical, formalizadora y apartada de la realidad social y política del momento.⁴²⁹

Estos eran los signos inequívocos de que no existía una verdadera independencia del poder Judicial respecto del poder Ejecutivo, primeramente, porque las decisiones derivaban de un partido único, el cual tenía al presidente como su líder, quien además, imponía a sus candidatos para ocupar el puesto de ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin que hubiera oposición política alguna, siendo que la decisión era respaldada por ambas cámaras, impulsada por intereses personales y no por los perfiles de sus candidatos, dejando de lado los méritos, la preparación y la experiencia.

Por el contrario, los constitucionalistas de todo el mundo decidieron apartarse de posturas idealizadas del juez, buscando refundar el orden constitucional desde una visión material, así como los viejos conceptos como la independencia judicial, ya que esta última es un elemento *sin equa non*, para la creación y mantenimiento del Estado constitucional de derecho.

3.1.2 La independencia judicial y el Estado constitucional de derecho

El gobierno de las leyes siempre ha sido un ideal político a alcanzar, el cual debe de estar separado del gobierno de los hombres, de esta manera deben de prevalecer los límites legales e institucionales del poder. En la actualidad, no se debe seguir pensando estos tópicos a partir de las antiguas concepciones de los primeros estados liberales, ya que estos han desconocido la razón fundamental de su existir, los derechos fundamentales de orden individual y colectivo. Esto ha llevado a un cambio radical de punto de vista, donde los individuos estén en el centro de la actuación estatal, y ya no el poder del líder, la nación o la masa, de tal manera que ha aparecido una reconfiguración del constitucionalismo tradicional, dando paso a un constitucionalismo transformador de la realidad social. Temas como la independencia judicial, no escapan a esta revisión de contenido, ya que juega un papel primordial en la defensa de los derechos humanos y en la construcción de instituciones democráticas de derecho. Con anterioridad la independencia judicial estaba acotada y limitada, presa de un sistema legalista, donde el juez debí apegarse firmemente a las disposiciones normativas sin expresar su punto interpretativo que daba lugar a las normas. Como se mencionó en páginas anteriores, el problema se hacía más profundo debido a los diversos conceptos que rondaban a la independencia judicial, traduciéndose en un sin número de configuraciones normativas que no precisamente estaban de acuerdo con este cambio de visión

⁴²⁹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho constitucional*, 5ª ed., México, Editorial Porrúa, 1984, pp.836-862.

constitucional, sino con una postura más legalista que pugna por mantener el imperio de la ley y no por un proceso de racionalización del derecho, como mencionó Josep Aguiló Regla “*El peso del principio del imperio de la ley ha sido tan imponente que ha generado una acusada tendencia a hacer invisible el papel de los juristas en general, y de los jueces en particular.*”⁴³⁰ Lo que ha conllevado a la reducción legal de las garantías objetivas de justicia, como la independencia judicial.

La independencia judicial vista desde la postura de la legalidad, trajo consigo una variedad de problemas de coherencia constitucional, ya que, al carecer de principios rectores de moralidad política, solo podía remitirse a las descripciones normativas y a los supuestos de hechos marcados por la legislación, deformando en ocasiones, la división de funciones.⁴³¹

En todo Estado constitucional de derecho deben existir controles de poder reales y no solo inscritos de manera formal en la ley, por lo tanto, un gobierno de leyes verdaderamente efectivo como el que propone este nuevo paradigma de Estado, deberá procurar la existencia de principios rectores para el ejercicio del poder, siendo los jueces, los actores principales en esta dinámica, así, puede abrirse la posibilidad real de racionalizar y revisar las actuaciones del poder estatal desde dos puntos de vista, uno formal de legalidad, el cual califique las actuaciones de la autoridad, conforme las facultades reconocidas en las disposiciones normativas y por otro lado, una revisión sustancial, donde el juez pueda revisar que la actuación de la autoridad o cuerpo legal, esté en conformidad a principios de moralidad constitucional.

Esta postura sustancial solo puede ser llevada a cabo por medio de procedimientos jurisdiccionales protectores de derechos humanos y principios institucionales. Debido a ello, surge la necesidad de crear un órgano jurisdiccional que sea independiente de otro tipo de órganos estatales, con la posibilidad de resolver cuestiones de relevancia constitucional. En esta línea, podemos ejemplificar el control de constitucionalidad concentrado,⁴³² el cual estaba inmerso en las resoluciones de un tribunal especializado que fungía como guardián de la Constitución formal, ya que el órgano jurisdiccional solo podía interpretarla, con el fin de invalidar una disposición normativa que no respondiera al proceso Legislativo marcado por la Constitución, de esta manera

⁴³⁰ Aguiló Regla, Josep, De nuevo sobre “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica” en German Burgos Silva (comp.), *Independencia Judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Colombia, Ediciones Antropos, 2003, p. 80.

⁴³¹ Guastini, Ricardo, *op. cit.*, p. 230.

⁴³² Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., p. 112.

se reafirmaba que la Constitución era la norma de normas,⁴³³ a pesar de ello, seguía existiendo una postura que excluía sistemáticamente el análisis de los principios constitucionales.

Sin embargo, en la actualidad, los tribunales llevan a cabo ambas tareas, de esta manera pueden constitucionalizar el ordenamiento legal, haciendo de la Constitución un instrumento accesible, no dependiente de la voluntad política del legislador,⁴³⁴ sino del juzgador, quien por medio de sus decisiones, la protege y la mantiene vigente. De esta manera, la función judicial amplía el texto constitucional de una manera progresiva y constante, excluyendo actos contrarios a ella. Para Luis Prieto Sanchís, esto ha significado un giro de 360 grados, puesto que la discrecionalidad legislativa se ha trasladado a la función judicial, a pesar de ello, el poder Judicial se distingue de los legisladores, ya que para fundamentar su punto debe argumentar, mientras que los legisladores no, de forma que se racionaliza la decisión.⁴³⁵

El Estado constitucional sería irrealizable sino existiera una independencia judicial que garantizara el debido ejercicio de las funciones judiciales, como la de argumentar e interpretar, sin que sean impedidos por alguna autoridad interna o externa, ya que, de no garantizar este principio, la administración de justicia podría verse socavado y su función como protector de la Constitución, denegada. A esto se suman, problemáticas fácticas que terminan por denegar el derecho de acceso a la justicia de quienes requieren de la protección del Estado, como se demostrará a continuación.

3.1.3 Algunos obstáculos de la Judicatura

Las problemáticas a las que se enfrenta la judicatura son variadas, algunas pueden ser ocasionadas por la falta de independencia judicial, sin embargo, algunas otras, pueden ser producto de la incompetencia de los funcionarios judiciales. Estos inconvenientes puede escalar hasta convertirse en violaciones sistemáticas de derechos humanos, para autores como Alejandro Nieto,

⁴³³ Palomino Manchego, José, F. "El tribunal constitucional de Austria y su influjo en los ordenamientos iberoamericanos (los primeros pasos)", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rogelio Flores Pantoja (comps.), *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2017, p. 651.

⁴³⁴ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., p. 114.

⁴³⁵ *ibidem*, p. 115.

existen ocho problemas originados por lo que él llama, “el desgobierno judicial”, el cual impide la construcción de un Estado constitucional de derecho.⁴³⁶ Los cuales son los siguientes:

A) Justicia tardía: La justicia tardía no es justicia, cuando alguien acude a un tribunal por cualquier asunto que intervenga algún derecho, piensa que los procesos serán rápidos y eficaces, pero la realidad es muy distinta. Por lo general, existen retardos en la resolución de procesos que son injustificables, debido a la naturaleza del asunto que retrata problemas profundos del sistema político de un país, como, por ejemplo, la confrontación interna de los jueces dentro del mismo poder Judicial, las presiones externas del poder económico, la puesta en entre dicho de la actuación estatal. Sin embargo, también deben mencionarse que hay otras razones por las cuales se dilatan los procesos, respondiendo a hechos burdos del diseño institucional, como el exceso de trabajo, la incapacidad del juzgador por enfermedad, la repetición de las diligencias, etc. Tanto las causas de la dilación complejas como burdas, configuran una limitación de acceso a la justicia y un obstáculo al recurso judicial efectivo.⁴³⁷

B) Justicia atascada: Esta es consecuencia de la justicia tardía, como aplazan la resolución a un caso concreto, se terminan por llenar los juzgados de asuntos. El New York Times ha contabilizado cifras espeluznantes respecto al caso mexicano. En México se resuelve solo el cinco por ciento de los homicidios. De los 154.557 asesinatos cometidos en el país de 2010 a 2016, el 94,8%, permanecen impunes. El promedio son cinco condenas por cada cien víctimas, muy por debajo de las estadísticas del continente americano (24 sentencias condenatorias por 100 casos), de Asia (48 sentencias por cada 100 casos) o de Europa (80 sentencias por cada cien casos).⁴³⁸ Sin duda estas son cifras alarmantes, los tribunales al verse excedidos de trabajo, resuelven de las maneras más arbitrarias posibles. A este problema, se le agregan otras violaciones de derechos humanos, como la extracción ilegal de la prueba por medio de la tortura o la fabricación de culpables, la falta de recursos para realizar peritajes, etc. Otros aspectos menos graves, están en la labor del juez y del

⁴³⁶ Nieto Alejandro, *El desgobierno Judicial*, 3ª ed., Madrid España, Editorial Trotta y Fundación Alfonso Martín Escudero, 2005, pp. 37-69.

⁴³⁷ *ibidem.*, pp. 37-43.

⁴³⁸ Ángel Arturo, *La justicia en México es un desastre, ¿Cómo reconstruirla?*, New York Times, 11 de Julio de 2018, Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2018/07/11/opinion-arturo-angel-mexico-impunidad-crisis-justicia/>

abogado, los primeros resuelven por medio de formularios que ya están condicionados y prefabricados, cambiando el nombre y la fecha, es entendible por la acumulación de trabajo que impide al juez estudiar caso por caso, pero el abogado también es parte en esta práctica, quien no está justificado para utilizar este tipo de tácticas, dando como resultado una justicia mecánica y sin un verdadero sentido de justicia.⁴³⁹

C) Justicia Cara: El acceso a la justicia se ha convertido en un asunto demasiado caro, no por la resolución judicial, sino por las cuestiones accesorias que rodean a la decisión, como el pago de honorarios, la documentación necesaria, etc. El Estado ha renunciado a la percepción de cualquier cantidad económica, dejando en un grado de vulnerabilidad a las clases más bajas del país. Podría decirse que existen los defensores de oficio, sin embargo, estos se ven sometidos a la carga de trabajo, ya que al tener asignados muchos casos de la misma índole, pierden la oportunidad de estudiar caso por caso de una manera integral. A esto se suma que el Estado no provee documentación gratuita para determinado tipo de trámites, lo que termina por obstaculizar diferentes procesos, como, por ejemplo, lo relacionado con la propiedad.⁴⁴⁰ Recordemos que la mayoría de las personas recurren al poder Judicial, cuando realmente es necesario, encontrándose en un estado de vulnerabilidad, de esta manera, hallamos al desempleado tratando de sostener una disputa judicial contra su patrón, la madre soltera luchando por el derecho de sus hijos a alimentos, etc. Muchas veces las contrapartes de estos litigios cuentan con un mayor estatus económico, lo que les da ventaja sobre la contraparte.⁴⁴¹

D) La justicia desigual: la desigualdad en cuanto al dictamen de la sentencia es producto de una débil independencia judicial, los operadores de justicia dan tratos personalizados al momento de aplicar la ley,⁴⁴² dando beneficios a personas que podrían apoyarlos sus carreras políticas en caso de que la sentencia sea positiva a sus intereses, así, por medio del tráfico de influencias, puede alterarse el cauce legal de un asunto.

⁴³⁹ Nieto Alejandro, *op. cit.*, p.49.

⁴⁴⁰ *ibidem.* pp. 53-56.

⁴⁴¹ *ibidem.*, pp. 53-56.

⁴⁴² *ibidem.*, pp. 57-60.

- E) Justicia imprevisible: La justicia es imprevisible por el hecho de que existen un sin número de criterios jurídicos, desde los alumnos de una facultad de derecho, hasta los abogados postulantes, ellos debaten por medio de su razón lo que se ha de hacer, estas adversidades también alcanzan a los jueces. Este punto no sería de mayor problema, por el hecho de en un sistema judicial, verdaderamente funcional, los criterios tienden a contraponerse en un mismo asunto, siempre y cuando, las posturas vertidas sean racionales, objetivas y se lleven por la vía argumentativa. La justicia imprevisible se presenta cuando el juez no posee el conocimiento suficiente para argumentativa para sostener su postura, esto es debido a la deficiente capacitación que los jueces reciben, lo que da parte a la arbitrariedad en la función judicial. Este problema es más palpable en las primeras instancias, ya que en su mayoría son jueces de legalidad y no se plantean argumentos sobre la constitucionalidad de la norma que aplican, por ende, el caso suele ser llevado a instancias de apelación, amparo y hasta los tribunales constitucionales.⁴⁴³
- F) Justicia mal trabada: Muchas veces existen en la organización judicial discordancias no solo políticas, sino también estructurales, el abogado está confundido a que tribunal ha de acudir para presentar su demanda, esto se debe a la existencia de muchas instancias que se presentan como las posiblemente correctas, es así, como un asunto puede caer en materia penal- civil, laboral administrativa, etc. Esto se suma la falta de coherencia institucional, quienes al parecer tienen visiones discordantes sobre cómo ha de ser llevado un caso para el conocimiento de la autoridad judicial.⁴⁴⁴
- G) Justicia desgarrada: La falta de independencia judicial afecta al sistema por igual, los golpes mediáticos que son lanzados contra los jueces cada día son más comunes, muchos de estos con causa justificada. El juez idealizado por los teóricos se cae cuando se contrapone a la realidad, pasando de defensores de la Constitución a los villanos favoritos del público, los cuales representan los intereses del poder del Estado. Esto se debe a un sinnúmero de problemáticas complejas, como, por ejemplo, la intervención de los fiscales superiores en las investigaciones de sus inferiores jerárquicos, los casos de corrupción judicial, los conflictos internos en el poder Judicial que pueden llevar a dañar la estructura

⁴⁴³ *ibidem.*, pp. 60-63.

⁴⁴⁴ *ibidem.*, pp. 63-66.

judicial, sobre todo cuando los tribunales constitucionales debaten sus competencias para conocer sobre un asunto.⁴⁴⁵

H) Justicia ineficaz: Todos los puntos anteriores, nos remiten a una postura común postrada en la ineficacia, presentándose con fuerza en la cotidianeidad del ciudadano de a pie, sin duda, ha sido un gran problema para acceder a los derechos más básicos y esto puede sistematizar y normalizar violaciones de derechos humanos, por mencionar el acceso al recurso judicial efectivo, presunción de inocencia, igualdad procesal, derecho a la defensa en un juicio, etc.⁴⁴⁶

Como pudimos observar, la independencia judicial es un elemento sin el cual no se puede hablar de un Estado constitucional de derecho, ya que de no existir tal independencia en los tribunales que ejercen el control del poder, podrían dar cabida a violaciones de derechos humanos, tanto desde la perspectiva personal del juez, como desde la perspectiva estructural. Dicha exclusión de los poderes externos e internos, dentro de los juicios, debe estar enfocada en la protección de derechos humanos y en la protección de la democracia.

3.1.4 La independencia judicial como requisito necesario para la argumentación jurídica.

La independencia judicial como ya se ha mencionado en páginas anteriores, contiene dos perspectivas distintas, la estructural o formal y la material. Para Josep Aguiló las dos posturas son de gran relevancia para el buen funcionamiento de la actividad jurisdiccional.⁴⁴⁷ La cuestión estructural representa al gobierno de los jueces, quienes hacen valer su independencia por medio de órganos institucionales que garantizan el buen comportamiento de los jueces, así como otras garantías personales, como puede ser el sueldo, la inamovilidad personal del cargo, entre otros aspectos. De esta manera, se legitima y protege la actividad judicial, con el fin de excluir cualquier interés personal o institucional por parte del funcionario judicial a la hora de resolver un asunto. Por otro lado, existe la segunda postura, llamada material, la cual puede ser interpretada ante actos que violen la esfera competencial de los juzgadores o sus garantías personales, de manera que por vía interpretativa pueda determinarse el significado de un límite competencial o principio de protección determinado. Por poner un ejemplo, se menciona que cierto acto del Ejecutivo pone

⁴⁴⁵ *ibidem.*, pp. 66-69.

⁴⁴⁶ *ibidem.*, pp. 69-72

⁴⁴⁷ Aguiló Regla, Josep, *op. cit.*, p. 69.

en riesgo la independencia judicial de un determinado juez, al presentar una acusación pública en los medios de comunicación, por realizar un acto que a su parecer viola la Constitución. La cuestión de fondo será, si efectivamente, los dichos presidenciales violan la independencia judicial del juez al exponerlo a una presión externa y mediática, la respuesta a este cuestionamiento, tendrá trascendencia para integrar un nuevo supuesto de hecho en forma de precedente, que se integrará al entendimiento general del concepto independencia judicial, de forma que, a partir de la decisión de corte constitucional, se protegerá o se negará, por parte de la institución formal que representan los Consejos Judiciales. Así, se combinan los dos conceptos, tanto material, como formal.

A pesar de la reformulación de estos tópicos, sigue existiendo una gran problemática que no permite la integración de estas posturas, esto se deriva en la manera que se concibe el rol del juez en la cultura jurídica latinoamericana y europea continental, por un lado, se concede que el juez debe limitar a otros poderes, pero por el otro, se limita la actividad judicial a solo determinar si una conducta cumple un requisito formal.⁴⁴⁸

Además, debe agregarse la cuestión de si el juez cuenta con la legitimación necesaria para proteger el orden constitucional, ya que uno de los cuestionamientos que se suele hacer a este tipo de órganos, es la naturaleza aristocrática con la que se toma la decisión. Una primera justificación de la actividad judicial, está presente en la objetividad con la que resuelven los casos, por ende, la argumentación jurídica con base en la Constitución juega un papel fundamental, al esclarecer la razón de la toma de decisión que excluye actos estatales de carácter administrativo y mayoritarios, de esta manera pueden mantener una esfera de lo que debe ser decidible y otra de lo que no debe ser decidible.

Por lo anterior, puede mencionarse que hay una codependencia de términos, por un lado, la actividad judicial permite proteger a la independencia judicial, por medio de los Consejos Judiciales, pero por el otro, los jueces no podrían realizar su actividad argumentativa, si no disfrutaran una base mínima de independencia y autonomía. Por ende, nace la necesidad de materializar la independencia judicial.⁴⁴⁹ Solo, hasta que estas garantías sean satisfechas, podrá hablarse de un control del poder por parte de la judicatura, como menciona Guastini *“En términos generales, en los Estados de derecho contemporáneos, el control de la conformidad de los actos*

⁴⁴⁸ *ibidem*, p. 71.

⁴⁴⁹ *ibidem*, p. 72.

*estatales al derecho se confía a órganos de tipo jurisdiccional y es difícil de imaginar una solución diferente.*⁴⁵⁰

Así, la independencia judicial y la argumentación jurídica en conjunto, se convierten en piezas claves para la consolidación de un Estado constitucional de derecho, buscando limitar la arbitrariedad del poder, así como, materializar el orden constitucional. Las viejas posturas del derecho y el Estado no estarían conformes con el nuevo paradigma del derecho, ya que su propia construcción ilusoria y perfecta del derecho se lo impediría, deformando cualquier intento de concebir a la independencia como un verdadero principio, detentándola como una creencia subjetiva de ética judicial o de soberanía estatal.

Por lo tanto, existen posturas que al día de hoy se han convertido en un lastre que impide un desarrollo progresivo de la función judicial, por ejemplo, la concepción del juez idealizado, mencionado en líneas anteriores, la cual debe ser derrumbada por su ausencia de objetividad, hoy en día, sería difícil creer que un principio constitucional puede ser sostenido en el valor de la sinceridad y dejar de lado el valor institucional que representan los Consejos Judiciales.⁴⁵¹ Se debe ser claro, al mencionar que los jueces deben deshacerse de su sistema de valores personales, para actuar como funcionarios judiciales, ya que el cargo requiere un apego a la Constitución, por lo tanto, las posturas personales no tienen cabida en la independencia judicial.

La segunda concepción que deforma a la independencia judicial respecto de la función del juez constitucional es la soberanía, entendida como autonomía sin límites en el ejercicio del poder, la cual trae aparejada un sin número de problemas teóricos y prácticos. El primero de ellos es la falta de control del poder en materia judicial, si bien, los jueces constitucionales tienen la última palabra, no por ello su poder es ilimitado, ya que todas sus decisiones deben de ser racionales y conforme a principios constitucionales de carácter material, no solo por la facultad que les ha otorgado el Estado por medio de la ley.⁴⁵² El juez apartado de toda regla, se convierte en un detentador máximo del poder, sin la posibilidad de ser controlados, los funcionarios judiciales arremeterían contra todo ideal de independencia judicial. Sin más, todo tipo de razonamiento que pueda legitimar la sentencia y actuación del juez constitucional es desechado, el poder se impone por el simple hecho de tener la posibilidad de imponerse, sin ser mediado por la razón.

⁴⁵⁰ Guastini, Ricardo, *op. cit.*, p. 230.

⁴⁵¹ Aguiló Regla Josep, *op. cit.*, p. 73.

⁴⁵² *ibidem*, pp. 73-74.

Estas concepciones del constitucionalismo clásico, representan un atraso dentro de las nuevas concepciones del derecho, ya que desembocan en un ejercicio arbitrario de la actividad judicial, que puede afectar de manera irremediable la protección de los derechos humanos. La independencia judicial en la actualidad, se enfoca a proteger la razonabilidad del derecho y no de poder, en esta línea Aguiló Regla sostiene que el principio de independencia judicial no solo protege la aplicación del derecho, sino que además, protege las razones de esa aplicación, de manera que la independencia exige que al juez que falle por la razones que el derecho suministra.⁴⁵³ De esta manera, se abren los canales necesarios para cimentar la función argumentativa del juez constitucional, ya que sin ella no podría entenderse los conceptos abstractos y el sistema jurídico estaría sometido a la voluntad política del poder Legislativo.⁴⁵⁴ Por lo tanto, al cambiar de un paradigma de corte legacentrista a uno constitucional, “*se hizo necesario reclamar una teoría de la argumentación especialmente refinada que pueda intentar compensar un déficit de indeterminación*”.⁴⁵⁵

Con una concepción parecida, Karl Loewenstein hizo referencia a la importancia de que las decisiones estén guiadas por la razón, siendo justificadas por la objetividad, de manera que dejaran desprovista a la autoridad de la esencia arbitraria con la que a veces ejerce el poder. Parafraseando a Loewenstein, “*la historia constitucional es la búsqueda por el hombre político las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética , en lugar del sometimiento a la autoridad.*”⁴⁵⁶ Es entonces que la independencia judicial se convierte en un principio institucional y de funcionamiento material, el cual asegura que los jueces controlaran el poder con alguna técnica argumentativa, marcando como el objetivo principal, eliminar la discrecionalidad de cualquier decisión, hasta de las propias.

El Estado constitucional de derecho se vincula junto a la argumentación jurídica y la independencia judicial, para cambiar de manera estructural y material, el viejo paradigma del Estado liberal de derecho. Cosas como, la valoración de principios y reglas, la justificación interna y externa de la decisión judicial, el razonamiento sobre la arbitrariedad, han expulsado algunas concepciones idealizadas de la actividad judicial. Esto ha significado un abandono progresivo del

⁴⁵³ *ibidem*, p. 74.

⁴⁵⁴ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., pp. 114-115.

⁴⁵⁵ *ibidem*, p. 132.

⁴⁵⁶ Loewenstein, Karl, op. cit., p. 150.

formalismo jurídico, sin embargo, las nuevas herramientas teóricas han traído retos, que hasta ahora habían sido desconocidos por lo Estados. Aguiló señala dos de ellos, el primero ha sido explicado con anterioridad, presente en las maneras de legitimar al juez por medio de la racionalización de su decisión y en un segundo lugar, la eliminación de las inclinaciones políticas de los juzgadores, haciéndolos consientes de las circunstancias sociales en las cuales resolverán el caso.⁴⁵⁷

Por último, se debe recalcar el valor del juez constitucional en el desarrollo de la labor interpretativa, la cual ha requerido de una redefinición de su función, con el objetivo de abrir paso a una teoría que permita al juez controlar el poder de manera efectiva. De esta manera, las limitaciones de las actuaciones estatales, no solo parten de las funciones que se reconocen por vía legal, sino también de la actividad judicial, que determina cuales deben ser los límites de un acto que presuponga una violación de un principio institucional o de un derecho humano.

3.1.5 La independencia judicial como requerimiento de la democracia constitucional.

La independencia judicial también puede configurarse respecto de la democracia, de tal manera que se presenta como un elemento necesario para la consolidación de la misma. Al respecto, Rodolfo Vázquez presenta dos maneras en las cuales se puede entender a la independencia judicial. Por un lado, está la postura donde la independencia judicial es un fin en sí mismo, presentándose como una meta que los Estados deben de alcanzar, la judicatura, por ende, se debe hacer todo lo posible por apartar la función judicial de la voluntad.⁴⁵⁸ Por otro lado, está la postura que mira a la independencia judicial como un medio para lograr un fin, colocándola como una condición necesaria para llegar a una meta, en este caso, la construcción de una democracia constitucional y la protección de los derechos humanos.

Estas dos concepciones aseguran al juez constitucional condiciones mínimas para mantener sana la democracia, a partir de la eliminación de las fallas sistémicas en los procesos electorales y de manera indirecta, colocando a la rendición de cuentas como un sistema viable y efectivo.

Sin embargo, se conciben dos posturas contrapuestas en la judicatura, por un lado, la democracia formal limitar a los jueces a una sujeción rígida a la ley, debido a que los juzgadores

⁴⁵⁷ Aguiló Regla, Josep, op. cit., p. 81.

⁴⁵⁸ Vázquez Rodolfo, "La independencia judicial y el argumento contramayoritario" en Leonardo García Jaramillo y Miguel Carbonell (comps.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Editorial Trotta, 2010, pp.386-388.

no han sido votados ni elegidos democráticamente, en segundo término, los jueces deberían de esta legitimados para ir más allá de la norma con independencia de que no fueran elegidos democráticamente, ya que su tarea como protector de derechos y principios constitucionales, los legitiman.

Para otros autores como Víctor Ferreres, los jueces constitucionales solo deben de intervenir cuando el legislador sea omiso o viole directamente la Constitución, asumiendo la facultad de poder expulsar del ordenamiento jurídico aquella norma que no esté conforme con el texto constitucional.⁴⁵⁹ De tal manera, que se conciba como único límite del legislador democrático; Ferreres ha denominado a esta teoría como “Modelo de Constitución procedimental”. Siendo su teórico principal John Ely, quien mencionó que la Constitución estipula formas específicas para llevar a cabo tareas de gobierno, las cuales deben de ser revisada por los jueces y estos se comprometen a intervenir cuando broten dudas sobre la manera en que deben ser llevadas a cabo en conformidad de la misma Constitución. Así, los jueces juegan un rol primordial, ya que deben de mantener abierto los procesos políticos que generaron el caso judicial.⁴⁶⁰

Para no sobrepasar las funciones de revisión, el juez debe de respetar la presunción de constitucionalidad de actos y leyes, sin embargo, no en todos los casos debe permitirse dicha presunción, debido a que en ciertas ocasiones es evidente la violación al texto constitucional, quebrando el proceso político que le dio origen. Por ejemplo, cuando existan leyes anti-minoritarias que tengan como único fin la discriminación y la exclusión de un determinado grupo por parte de un grupo social, el juez debe de expulsarlas o implicarlas del orden jurídico. Por esta vía, el juez constitucional protege a los grupos minoritarios y los recubre con una esfera de respeto a sus derechos.

Resultado de ello se configura una doble protección democrática, por un lado, existe una defensa judicial a los derechos eminentemente políticos, tales como el voto, la libertad de asociación, de expresión, siempre y cuando partan de una visión procedimental, entendida como el respeto a los procesos constitucionales. Por el otro, el respeto a derechos que garanticen la igualdad de participación, como la igualdad y la no discriminación

⁴⁵⁹ Ferreres Comella Víctor, op. cit., pp. 247-248.

⁴⁶⁰ *ibidem*, pp. 249- 250.

Por lo tanto, la democracia puede ser entendida como la participación de los individuos en la elección de sus integrantes y la toma de las decisiones de su comunidad, pero también puede ser entendida como un mecanismo para asegurar derechos mínimos que permitan participar en esa vida política, como la igualdad de condiciones, a partir de la protección judicial.

De esta manera, se convierte en una tarea relevante que el Estado constitucional garantice por medio de políticas públicas o por vía judicial, los derechos económicos, sociales y culturales, las cuales den como resultado una verdadera igualdad y permitan que mucha más gente esté interesada en participar en las contiendas democráticas. Está demás mencionar que, en los Estados de derecho actuales, la búsqueda de la justiciabilidad derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, se insertan en la democracia constitucional, asegurando que ciertas poblaciones no sean excluidas por condiciones económicas, étnicas o sociales y puedan tener una esfera en el espacio público para defender sus derechos.⁴⁶¹ Podríamos decir que el modelo anteriormente presentado, es un modelo de democracia decisionista, el cual dependerá plenamente de la protección de todo tipo de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Por último, Ferreres muestra un segundo modelo, llamado “Constitución a detalle”, este presenta ciertas características particulares, tales como la preferencia por la interpretación literal, omitiendo la valoración de preceptos abstractos, además, se guía por una interpretación originalista que corona al poder constituyente como la máxima autoridad a seguir, por ende, debe permanecer inalterable lo mencionado en el diario de debates, para determinar cuál era la voluntad del legislador en ese tiempo.⁴⁶² A su vez, este modelo piensa que el ordenamiento jurídico es coherente y por lo tanto, no es válido realizar interpretaciones que invaliden actuaciones del legislador para temas relacionados con conceptos axiológicos, sin embargo, si es válido, cuando la actuación es contraria a una regla, por ejemplo, el proceso Legislativo.⁴⁶³

Tal concepción no concuerda con una teoría constitucional que tenga por base a los principios, sino solamente a las reglas, el juez entonces se encuentra atado por una metodología de certeza y legalidad. Para quienes sostienen este tipo de teorías, la limitación de la actividad judicial es una supuesta garantía para la democracia parlamentaria, depositando la defensa de los derechos humanos en el reconocimiento legal por parte de las distintas facciones políticas, a ello

⁴⁶¹ Vázquez Rodolfo, *op. cit.*, p.396.

⁴⁶² Ferreres Comella Víctor, *op. cit.*, pp. 268.

⁴⁶³ *ibidem*, p. 269.

se suma, el típico argumento de que un juez no puede ir más allá de lo que se le ha reconocido en la ley.⁴⁶⁴

La independencia judicial aparece como la garantía perfecta para la democracia constitucional. Como muestra Ferreres, el poder Judicial debe estar libre de presiones externas que puedan viciar la decisión judicial, el significado de la constitución debe ser establecido por los propios jueces, siempre y cuando, estos tengan en consideración que la postura a tomar parte de la propia Constitución y no de sus creencias personales.⁴⁶⁵

Todo lo anterior es la motivación teórica de este trabajo de investigación, como se ha visto, la importancia material debe ser fundamental para la conformación de la independencia judicial, hasta ahora, se ha recalcado el papel de un cambio de paradigma, del Estado clásico de derecho al Estado constitucional de derecho, a partir de aquí se estudiará la independencia judicial desde su postura meramente formal, así como sus dimensiones, tanto externa como interna.

3.2 Requerimientos de la independencia judicial – La dimensión externa

Las dimensiones de la independencia judicial son herramientas de medición que establecen parámetros formales e institucionales para su buen funcionamiento de la judicatura. Tales dimensiones podrán ayudar a responder preguntas cualitativas, por ejemplo, en qué ámbito el juez es independiente, de quién es independiente o cómo es independiente. Para Rico y Salas ,la independencia judicial se encuentra en forma de principio en las constituciones de los países democráticos y en otras normas de categoría inferior, las cuales precisan su significado y alcance.⁴⁶⁶

Es verdad que la ley marca de manera detallada lo que es la independencia judicial, así como sus límites, procesos y alcances, sin embargo, algunas ocasiones, la normativa no está en conformidad con el principio constitucional, debido a que no puede demarcar todos los supuestos de hecho en los que la independencia puede verse violada. De esta manera, los Estados constitucionales tiene la obligación de garantizar la autonomía del poder Judicial no solo de manera institucional, sino también desde una visión material, primeramente, desde una perspectiva externa, que exige dotar del debido presupuesto para el correcto funcionamiento de la

⁴⁶⁴ *ibidem*, p. 273.

⁴⁶⁵ *ibidem*, pp. 301- 303.

⁴⁶⁶ Rico Ma., José y Salas, Luis, *La independencia judicial en América Latina: replanteamiento de un tema tradicional*, Costa Rica, Centro para la Administración de Justicia y Florida International University, 1990, p. 5. Disponible en : <https://caj.fiu.edu/publications/monographs/ind-jud.pdf>

judicatura y garantizar la inamovilidad de los jueces respecto de otros poderes, de tal manera, que se abra la posibilidad de que los jueces resuelvan conforme a la Constitución y no conforme a los intereses de los grupos, instituciones o personas externas a la decisión judicial.⁴⁶⁷

Por lo tanto, la independencia judicial de dimensión externa, propone garantizar una esfera de autonomía en cuanto a la decisión del órgano jurisdiccional respecto de otro detentador del poder público o privado, con el objetivo de convertirse en controladores eficaces del poder en conformidad con el principio de división de funciones. Asimismo, este concepto aborda distintas relaciones de poder que pueden afectar el fallo judicial, como la correlación que pueda existir entre el demandado y el juez, o el demandante y el juez, tomando en consideración la cercanía de estos, si son o no amigos, enemigos, familiares, conocidos o si hay algún interés del juez en el asunto, entre otros motivos.

Otras relaciones válidas que puede amparar el concepto de independencia judicial externa, son las que corresponden al juez y algún grupo de poder económico o político, ya que en ocasiones el juez tiene la obligación de resolver asuntos donde se juegan intereses económicos o políticos, de las grandes empresas, lo que suele generar una presión de este poder fáctico en contra de la judicatura

Por último, esta investigación abordará el caso de los medios de comunicación, ya que, en la actualidad, estos medios pueden destruir la reputación de un juzgador, cuestionar sentencias sin ningún conocimiento jurídico de lo que se haya dictado, en algunos casos, hasta puede poner a la población civil en contra del poder Judicial, siendo un recurso muy recurrente para desarticular pesos y contra pesos de poder, a favor de un detentador de poder.

3.2.1 Respeto de los demás poderes del Estado.

Una Constitución siempre debe fijar como tarea fundamental la limitación del poder absoluto, sobre todo cuando este poder se encuentra en manos de un solo detentador, aquí es donde se parten dos ideas fundamentales respecto de la idea del control del poder. Por un lado, la clásica división de poderes, que se muestra como un principio errado, si se toma de referencia las primeras cartas constitucionales las cuales lo preveían, viendo en él una falsa perspectiva del funcionamiento del poder, ya que configuraba a los poderes estatales separados y desentendidos unos de otros, como menciona Karl Loewenstein, *”Un vistazo al parlamentarismo, hubiera podido convencer a los*

⁴⁶⁷ *ibidem*, p. 6.

autores de que el poder Ejecutivo y Legislativo no están separados ni personalmente ni funcionalmente. Los miembros del gobierno son miembros del parlamento; se ha producido una integración de estos poderes".⁴⁶⁸ Por lo tanto, se ha reformulado este principio clásico, debido a que distintos poderes trabajan conjuntamente, lo correcto sería llamar a la división de poderes como "división de funciones", lo que clarifica la situación del poder público, al establecer cada función y cooperación entre los órganos estatales.

Este tipo de coordinación se configura como un medio para controlar el poder que abre la puerta a otros medios, este es el caso de los controles intraórganos y los controles interórganos.⁴⁶⁹ Dentro de la primera categoría, podemos encontrar distintos tipos de control que corresponden a la autolimitación de un poder, por ejemplo, si hablamos del poder Judicial, deberíamos mencionar que un control interórgano se encuentra en las medidas disciplinarias las cuales ejerce el propio poder Judicial hacia sus jueces, por medio de un órgano especial sancionador, como lo son los Consejos Judiciales, siendo esta institución parte de la independencia judicial interna.

Respecto del segundo tipo de control, se habla de la relación de los distintos detentadores de poder, mostrando el tipo coordinación y limitación que tienen unos sobre otros, aquí es donde entra el control de constitucionalidad, el veto presidencial, la independencia judicial externa, la disolución del parlamento, hasta de ser posible, las teorías argumentativas utilizadas para fundamentar sentencias.⁴⁷⁰ En relación con la independencia judicial, este tipo de garantías sirve para mantener apolítico al poder Judicial, como menciona Rico y Salas, "*la independencia Judicial, debe ser considerada en su dimensión política, por ser la que diferencia y aglutina a quienes pugnan por el poder. Por consiguiente, la apoliticidad del Poder Judicial puede preservarlo de la autonomía de que necesariamente debe gozar*".⁴⁷¹

Al no contar con dichos controles se derivan un sinnúmero de problemas, el primero de ellos es la ausencia de monopolio jurisdiccional por parte de la judicatura, como menciona Alejandro Nieto, "*El principio de exclusividad opera en el ámbito de la independencia institucional e incide indirectamente en la independencia funcional, mas es ajeno a la independencia profesional*".⁴⁷²

⁴⁶⁸ Loewenstein, Karl, *op.cit.*, p.55.

⁴⁶⁹ *ibidem*, pp. 231-232.

⁴⁷⁰ *ibidem*, pp. 294-325.

⁴⁷¹ Rico Ma., José y Salas, Luis, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁷² Nieto, Alejandro, *op. cit.*, p. 153.

Es aquí donde adquiere gran relevancia institucional la independencia judicial, la cual no acepta competidores en la tarea de impartir justicia, es por ello que la ONU ha dado varios ejemplos en sus resoluciones y en sus recomendaciones. Una de las más interesantes fue la realizada a México, por parte de la Relatora especial para los abogados y jueces.⁴⁷³ En esta misión se concibió que la gran problemática de independencia judicial en el país, se debe a la subdivisión de la función judicial por parte de autoridades administrativas no adscritas al poder Judicial, las cuales se reparten la jurisdicción de distintas materias, por ejemplo, la jurisdicción militar, hasta hace unos años la laboral, agraria, etc. Por lo tanto, el poder Judicial carece de monopolio en dichas materias y desde el Ejecutivo se abre la posibilidad de intromisión en la decisión que resuelva dichos asuntos. Por ende, el monopolio de impartir justicia, debe estar asegurado por el poder Judicial de una manera central y no dispersa.

Cabe mencionar que el monopolio de la actividad jurisdiccional no es el único postulado de la independencia judicial respecto de los demás poderes, sino que además deben de ser contemplados los métodos de designación y el financiamiento al poder Judicial, estos dos postulados serán abordados con posterioridad en el siguiente capítulo.

Tomando la postura de Karl Loewenstein, quien menciona que *“Si la independencia judicial implica la libertad de todo control interórgano ejercido por cualquier otro detentador del poder, se debería rechazar consecuentemente cualquier intervención en la actividad de los tribunales por parte de los otros detentadores del poder.”*⁴⁷⁴ A pesar de la antigüedad del postulado, se ha ido transformando con el tiempo. El juez del Estado clásico liberal que solo se encargaba de aplicar la norma y ejecutar la decisión política, ya no existe más, en cambio, el juez constitucional ha ocupado su lugar, junto a la transformación del Estado constitucional de derecho, se ha elevado al poder Judicial al status de un verdadero detentador de poder que puede ser ejercido utilizando distintos tipos de control. Si bien, ya se ha hablado con antelación de los métodos interpretativos para excluir actos contrarios a la Constitución, no se ha hablado de la relación entre la autonomía del poder Judicial y los demás poderes estatales. Esto es de relevancia ya que dicha relación fija y modula las relaciones de poder.

⁴⁷³ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/17/30/Add.3, Consejo de Derechos Humanos 17. ° período de sesiones Tema 3 de la agenda Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados Adición, párrafos. 28 y 29.

⁴⁷⁴ Loewenstein Karl, *op. cit.*, p. 304.

Ejemplo de ello es lo expuesto por Ricardo Guastini, quien menciona que la independencia judicial juega un papel importante en la tarea del controlar del poder, para el profesor italiano existen distintas relaciones de independencia judicial respecto de los demás poderes estatales.⁴⁷⁵

A) Independencia judicial respecto del poder Legislativo:

En un Estado constitucional de derecho, los jueces están sujetos a la ley y no al legislador. La independencia del poder Judicial al poder Legislativo satisface de manera plena al gobierno de las leyes. El poder Legislativo tiene una orientación política, mientras tanto, el juez solo tiene una orientación constitucional en su tarea de aplicar el derecho.

Para lograr lo anterior, Guastini propone tres postulados con fuerte carga de independencia, las cuales son las siguientes:⁴⁷⁶

1. El poder Legislativo debe de abstenerse en seleccionar a los jueces ordinarios, con excepción de los tribunales constitucionales.
2. El poder Legislativo no debe de tener poder alguno en la remoción de los jueces.
3. Sujeción a la ley y control judicial: El juez, en todo momento, debe de apegarse a la normatividad y estar sujeto a la ley. Sin embargo, esto no significa que los actos parlamentarios que conforman la ley no estén sujetos a una interpretación judicial, esto es así porque los jueces no deben de expresar los objetivos políticos del poder Legislativo, sino los objetivos constitucionales, entendiendo entonces que los jueces están sujetos a la ley, sí y solo sí, la legislación está conforme a la Constitución, de lo contrario podrá implicarla o anularla.

A pesar de que los puntos anteriores son elementos meramente teóricos, varios instrumentos internacionales hacen hincapié en lo mismo, desde el sistema universal de derechos humanos, hasta el sistema regional americano. Este es el caso de algunos informes de la ONU,⁴⁷⁷ donde se demuestra la imperiosa necesidad de limitar a los poderes estatales como el Ejecutivo y el Legislativo en el proceso de nombramiento de jueces y magistrados, ya que muchas veces utilizan la generalidad de los criterios legales, para poder seleccionar con discrecionalidad, dejando de lado la objetividad, integridad, independencia y la profesionalidad del candidato. Por

⁴⁷⁵Guastini, Ricardo, *op. cit.*, pp. 235- 236.

⁴⁷⁶ *ibidem.*, pp. 232-235.

⁴⁷⁷ Organización de la Naciones Unidas, A/HRC/23/43/ADD.4, Consejo de Derechos Humanos, 23º período de sesiones, Tema 3 de la agenda, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, Párrafo. 80.

ello es que se deben de establecer ciertos controles del poder para no caer en el círculo vicioso de los intereses políticos, ni en la monopolización del poder Judicial a intereses personales. Resultado de ello, la misma relatoría la ONU⁴⁷⁸ recomienda que por medio de reformas constitucionales y legales, se deberían integrar nuevos requisitos para una selección objetiva de candidato, de manera que pueda ser llevada de manera transparente y pública, la cual asegure la participación de la ciudadanía y de las organizaciones de la sociedad civil, como parte importante en el proceso de designación.

La ONU complementa este criterio con el informe A/HRC/11/41,⁴⁷⁹ ya que los poderes estatales no solo pueden inferir en los procesos de selección y nombramiento de los juzgadores, sino que, en algunas ocasiones, también pueden intervenir por medio de las medidas disciplinarias externas a la judicatura, para destituir a un juez del cargo, el ejemplo clásico son los juicios políticos por parte del poder Legislativo, o la facultad de destitución directa que posee el Ejecutivo. Este tipo de procesos disciplinarios externos en su mayoría no cuentan con las garantías procesales que requiere el debido proceso, por lo tanto, es muy difícil para un juez acusado de alguna falta, defenderse ante sus acusadores. Debido a ello, debe de existir un órgano que pueda aplicar dichas sanciones, este debe de ser independiente y estar ausente de cualquier injerencia de poderes externos, respetando en todo momento las garantías procesales que debe de tener cualquier persona que se enfrente a un proceso legal. En caso de que sea imposible la actuación de dicho órgano independiente, los poderes encargados de aplicar las sanciones disciplinarias deberán observar en sus resoluciones dichas garantías y su decisión deberá ser revisada por una autoridad judicial que garantice la objetividad de la medida. Un ejemplo de dicho órgano, puede encontrarse en los Consejos Judiciales.

De la misma manera, el Sistema Regional de derechos humanos, por medio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ha advertido sobre estas malas prácticas, ya que en algunos casos el poder Legislativo posee la facultad de destitución de funcionarios judiciales. Como por ejemplo, en la sentencia Chocrón Chocrón Vs. Venezuela,⁴⁸⁰ una de las partes argumentó que

⁴⁷⁸ *ibidem*, Párrafo. 100.

⁴⁷⁹ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/11/41/, Consejo de Derechos Humanos 11° período de sesiones Tema 3 de la agenda promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, 24 de marzo de 2009, Párrafos. 60-61.

⁴⁸⁰ Corte IDH, Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227 Párrafo. 161.

existe una violación de la independencia judicial, por el hecho de que los órganos disciplinarios de la judicatura son seleccionados por parte del cuerpo Legislativo y por lo tanto, respondían a intereses meramente políticos, sin embargo, este criterio no trascendió de manera efectiva.

No sería hasta el año 2013, cuando apareció el primer criterio referente a las garantías de independencia judicial externa, el cual fue derivado del Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador,⁴⁸¹ donde la Corte Interamericana colocó un límite al poder Legislativo, respecto de la facultad que posee el Congreso de Ecuador para remover jueces por medio de juicio político, ya que por lo general, este tipo de procesos es contrario a los derechos humanos de los funcionario que son sometidos a sus veredictos , por no respetar las garantías judiciales mínimas, ni el debido proceso. Esta afectación no solo es a los derechos humanos, sino también, una afrenta contra la actividad jurisdiccional que tenga por objetivo la limitación del poder con base en principios constitucionales

En este mismo sentido, el Informe A/HRC/4/25,⁴⁸² el cual hace hincapié en que debe existir condiciones mínimas de independencia judicial , ya que de no existir, se vería afectada la eficacia en el ejercicio del control del poder realizado por los jueces hacia los distintos poderes públicos del Estado. Siendo que esto agrava los contextos de violaciones graves de derechos humanos, ya que los juzgadores se ven impedidos para expulsar o inaplicar leyes violatorias de la Constitución, lo que en la práctica se traduce a impunidad.

A nivel regional, se ha considerado que la independencia judicial de carácter externa es garantía para que los tribunal constitucionales puedan resolver conforme a la Constitución, como se observa en la sentencia del caso Tribunal Constitucional Vs. Perú.⁴⁸³ Donde la Corte Interamericana abordó la naturaleza de las supremas Cortes en su tarea de limitar el poder y la necesidad de que estos órganos sean independientes de los demás poderes del, Estado. Asimismo, se advirtió de la crisis institucional que provoca la destitución de magistrados de manera arbitraria, es un obstáculo del Estado de derecho.

⁴⁸¹ Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, Párrafo. 81.

⁴⁸² Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/4/25/, Consejo de Derechos Humanos, 4º período de sesiones Tema 2 de la agenda, aplicación de la resolución 60/251 de la asamblea general, de 15 de marzo de 2006, titulada "consejo de derechos humanos", Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, 18 de diciembre de 2006, Párrafo. 65.

⁴⁸³ Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71. Párrafo 112.

B) Independencia judicial respecto del poder Ejecutivo

El último tipo de independencia de carácter externa referente a los poderes públicos, se da entre el Ejecutivo y el judicial. Primeramente, mencionar que el poder Ejecutivo está políticamente condicionado a un electorado, a diferencia del poder Judicial, el cual debe ser totalmente independiente de las decisiones mayoritarias. Por ello, Ricardo Guastini vuelve a insistir en los mismos puntos anteriores, pero ahora reflejados en la relación poder Ejecutivo con el judicial, estos puntos son:⁴⁸⁴

1. El poder Ejecutivo debe abstenerse en seleccionar a los jueces ordinarios.
2. El poder Ejecutivo no debe tener poder alguno en la remoción de los jueces.
3. Control judicial: El poder Judicial debe ejercer un control judicial respecto de los actos de la administración pública, toda vez que estos pudieran ser contrarios a una norma constitucional o legal. El acto debe quedar sin efecto alguno y debe ser el juez ordinario y no especializado, el que realice la tarea. Es por ello la existencia de tribunales dependientes del Ejecutivo llamados administrativos, no deberían existir, ya que son una afrenta a una independencia judicial.

Al igual que en el caso anterior, también existen criterios internacionales respecto a estos temas, por un lado, el sistema universal y por el otro el sistema regional de derechos humanos, han establecido obligaciones internacionales, disponiendo parámetros que deberían ser considerados en la actuación estatal.

Respecto de la selección de jueces por parte del poder Ejecutivo, la ONU en el informe A/HRC/11/41,⁴⁸⁵ muestra cierta preocupación en el hecho de que el Ejecutivo pueda disponer libremente de la selección de los jueces, ya que este, puede nombrar a un determinado candidato con el fin de ocupar un lugar en el poder Judicial y de esta manera, pueda operar en pro de sus intereses políticos, lo que llevaría a un grave retroceso en la constitución de instituciones protectoras de derechos humanos.

Así mismo, para evitar que algún poder externo a la judicatura intervenga en temas que solo les competen a los jueces, la ONU en el informe A/HRC/38/38⁴⁸⁶ se ha pronunciado en favor

⁴⁸⁴ Guastini Ricardo, op. cit., p. 236.

⁴⁸⁵ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/11/41/, cit., Párrafo 26.

⁴⁸⁶ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/38/38/, 38° período de sesiones Tema 3 de la agenda PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE TODOS LOS DERECHOS HUMANOS, CIVILES, POLÍTICOS, ECONÓMICOS,

de la creación de órganos administrativos que no dependan del Ejecutivo, ni del poder Legislativo, en la tarea de establecer procedimientos libres y transparentes en la selección de jueces y magistrados, así como los criterios para acceder a la carrera judicial. De esta manera busca aminorarse la arbitrariedad de la decisión política.

Asimismo, y haciendo referencia al segundo punto teórico abordado con anterioridad, la ONU ha expresado su preocupación por los procedimientos de destitución de los jueces por parte de poder Ejecutivo, los cuales socaban la independencia judicial. Dicho criterio está dispuesto el Informe A/HRC/11/41,⁴⁸⁷ el cual solo menciona, sin ahondar en la cuestión, que debe limitarse su uso.

Es de importancia aclarar que todos los procedimientos que tengan como fin la destitución de un funcionario judicial, deben de ser aplicados por los Consejos Judiciales, de tal manera, que dichos órganos tengan una posibilidad real de limitar las intervenciones de poderes externos a la hora de sancionar y destituir jueces.⁴⁸⁸ Así, los Consejos Judiciales también cumplen con otras tareas y objetivos como la de eliminar el corporativismo judicial, aunado a la garantía de las reglas mínimas de debido proceso que deben ser observadas en cualquier proceso disciplinario.

Por último, la Corte Interamericana mencionó en el Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador,⁴⁸⁹ que existen elementos derivados del poder Ejecutivo que pueden socavar a la independencia judicial en toda América Latina, ya que la región esta cimentada en una tradición dictatorial. También advierte de 4 potenciales peligros para dicha independencia, entre ellos la existencia de un régimen autoritario, la existencia de patrones culturales que pueden minimizar la utilidad de la jurisdicción como mecanismo para la resolución de conflictos, el compromiso de la sociedad civil y de la política para con la independencia judicial.

Sin duda, los Estados de derecho contemporáneos han necesitado un poder Judicial independiente para consolidarse, debido a que los jueces, por medio de las técnicas argumentativas, pueden racionalizar las decisiones y acciones de otros detentadores del poder

SOCIALES Y CULTURALES, INCLUIDO EL DERECHO AL DESARROLLO Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, 2 de mayo de 2018, Párrafo 76.

⁴⁸⁷ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/11/41/, 11, *cit.*, Párrafo 60

⁴⁸⁸ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/38/38/, *cit.*, Párrafo 61.

⁴⁸⁹ Corte IDH, Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266. Párrafo 19.

público y de esta manera fungir como un controlador del poder, a partir de la Constitución, de manera que fortalece la división de funciones y al mismo tiempo materializa el contenido constitucional.

3.2.2 Respeto de las partes en el juicio

La independencia judicial no solo debe de estar enfocada a los poderes públicos, sino también a los agentes privados, quienes muchas veces, pueden imponerse a la decisión del juzgador por distintos motivos, por lo tanto, este tipo de intromisiones debe ser estudiadas, así como los medios legales que garantizan la eliminación de la parcialidad. Un ejemplo de ello, está presente en la independencia e imparcialidad con la que debe conocer un caso el juzgador en relación con las partes del juicio, una visión tal, está más familiarizada con el derecho procesal que con el derecho constitucional, sin embargo, las nuevas teorías constitucionales han terminado por reformular esta figura clásica.

Dicho concepto parte de un ordenamiento de carácter procesal que limita los casos que un juzgador puede conocer y los cuales debe rechazar, estos últimos, relacionados con el tipo de relación o interés que tenga el juez respecto de las partes o el asunto en cuestión. Para Ovalle Fabela, esta postura es garantía de imparcialidad, formando parte principal de la función jurisdiccional que deben satisfacer las personas que lo conforman, o sea, los titulares del cargo.⁴⁹⁰

Para asegurar esta independencia e imparcialidad, se tiene dos medios legales, como lo es la recusación y la excusación. Este tipo de métodos legalistas no están en función de la independencia judicial institucional, sin embargo, si están a favor de una independencia personal respecto de la función judicial. Así es como se busca la eliminación de la subjetividad como parte de la limitación competencial, de esta manera Adolfo Alvarado Velloso define a la recusación, como aquel medio que acuerdan las leyes procesales para atacar la incompetencia subjetiva del juez, aduciendo alguna causal de relación personal que hace inválida la actividad jurisdiccional por presentar una situación de parcialidad o interés personal.⁴⁹¹

La recusación puede ser de dos tipos, la causada o también llamada de expresión de causa, la cual permite presentar a las partes razones objetivas por las que un determinado juez no debe de conocer de su asunto, ya que de lo contrario afectaría irremediablemente el fallo judicial.

⁴⁹⁰ Ovalle Fabela José, *Teoría general del proceso*, 7ª ed., México, Editorial Oxford, 2016, p. 159.

⁴⁹¹ Alvarado Velloso Adolfo, *op. cit.*, pp. 146

Respecto de la segunda, llamada recusación sin expresión de causa, que como su nombre lo menciona, no se expresa una razón suficiente u objetiva, por la cual se pida al poder Judicial que determinado juez no conozca del asunto.⁴⁹²

Respecto del primer tipo de recusación, es importante mencionar que se subdivide respecto de las partes, otros órganos jurisdiccionales, el objeto de pleito y la situación de prevención, de la siguiente manera:⁴⁹³

Respecto a las partes del juicio: aquí se encuentran las limitaciones personales del juzgador con respecto a las partes litigantes, las razones pueden ser variadas, como, por ejemplo; el parentesco, la predisposición favorable por recibir algún beneficio, amistad por frecuencia de trato, haber sido tutor. Por el contrario, también se puede hablar de una predisposición desfavorable, por enemistad, odio o resentimiento, o por ser acreedor, deudor o fiador, con excepción de los bancos.

Respecto del órgano jurisdiccional: En caso de que exista parentesco entre el juez superior hacía con el inferior, o entre jueces del mismo grado, o el juez y alguno de sus auxiliares, deberá observarse una limitación para conservar cierta independencia entre ellos. Cabe mencionar que nada tiene que ver este tipo de método legalista con la independencia judicial de carácter constitucional y tampoco logra empatar con algún tipo de control de poder externo.

En cuanto objeto del pleito: Puede suceder que el juez tenga parte en el juicio, es entonces cuando se debe desentender del caso. Tal participación puede ser directa, cuando el juez tenga lugar en la Litis e indirecta cuando está en otro juicio semejante o esté en algún tipo de sociedad el cual vincule un interés mutuo con alguna de las partes.

Por prevención: Cuando el juez o alguno de sus familiares tengan un pleito pendiente y solo se admita la recusación donde el juez tenga pleito con el recusante, por haber figurado como otra autoridad en el juicio, por haber emitido opinión antes en un caso que pudiera llegar a conocer o por haber conocido el asunto como juez inferior.

⁴⁹² *idem.*

⁴⁹³ *ibidem.*, pp. 146-147.

Otras: Existen otras causales de recusación que no pueden entrar en estos rubros, por ejemplo, que el juez sea testigo presencial de los hechos ocurridos en el caso, tener alguna de las partes bajo su dependencia económica o haber sido perito en el litigio, etc.

Por su parte, la recusación incausada es aquella técnica donde las partes del juicio acuerdan de manera ventajosa, lograr que el juez no conozca de un determinado asunto, la recusación es puesta en marcha sin una razón que justifique el actuar de las partes. En la práctica, los abogados hacían uso de esta figura, debido a la negligencia, ineptitud judicial, la inoperante burocracia judicial, hasta por prejuicios raciales. Esta concepción no es normal y no se puede ser concebida como un método aceptable, al contrario, esta figura está mal vista, ya que invocarla, es señal de que el poder Judicial no es eficaz y no está garantizando de manera correcta el acceso a la justicia. Esta figura jurídica se le ha erradicado en todo el mundo, sobre todo en América latina, sin embargo, en México estuvo vigente hasta 1983.⁴⁹⁴

Es menester mencionar la importancia que tiene la recusación en el ámbito internacional, sobre todo en los sistemas regionales de derechos humanos, por un lado, la recusación se concibe como un método o instrumento que resguarda el derecho a ser juzgado, lo que supera por mucho la postura procesalista en defensa de la independencia de la función jurisdiccional.

Es así como la Corte Interamericana ha interpretado esta figura clásica, dotando de un sentido material distinto a esta figura. Dicho criterio fue extraído de la sentencia del Caso Aritz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela.⁴⁹⁵ Donde se demostró que tal figura tiene un doble fin, el primero busca establecer una garantía procesal de imparcialidad entre las partes, y por el otro, busca dar credibilidad a la función de la jurisdicción. La recusación, además, indaga en la posibilidad de frenar conductas parciales, impidiendo los intentos de distorsionar el sistema judicial. En resumen, la Corte advierte que la recusación no es una figura de ética judicial, sino, una herramienta de imparcialidad e independencia que debe de brindar el Estado.

La Corte Interamericana también estudió la figura, no solo desde un caso, sino también desde una opinión consultiva. De esta manera, se pronunció respecto de su propio funcionamiento

⁴⁹⁴ *ibidem*, p. 149.

⁴⁹⁵ Corte IDH, Caso Aritz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, Párrafos 63-64.

en conformidad del Artículo 55 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, así noción la opinión consultiva oc-20/09.⁴⁹⁶ Donde no solo participaron los jueces, sino el mundo académico, como el Centro de Derecho Humanos y Justicia “Bernard and Audre Rapoport” de la Universidad de Texas Austin en Estados Unidos, quienes expresaron su opinión en un *Amicus Curiae*,⁴⁹⁷ estableciendo que la única manera en que pueda existir una recusación dentro de un asunto internacional, es aquella donde los conflictos de intereses sean específicos y tangibles, más que el hecho de que el juez y los Estados partes sean de una misma nacionalidad, en tale casos, la Corte Interamericana deberá determinar la objetividad de la recusación, de manera que la decisión sea institucional y objetiva.

Además, la Universidad de Texas mencionó que, para afianzar aún más las garantías judiciales de la Corte, esta puede considerar la posibilidad de modificar su Reglamento de modo que pueda seguir el ejemplo de la Comisión Interamericana e inhabilitar automáticamente al Juez que sea nacional del Estado acusado e intervenga intereses personales.

La segunda figura procesalista que defiende la imparcialidad e independencia del juez es la excusación, definida por Velloso como la posibilidad legal para que el juez, por voluntad propia, pueda abstenerse de conocer de un determinado caso el cual podría resolver con parcialidad. Para la postura procesalista, esta excusación es de tres tipos, legal, moral o intima.⁴⁹⁸ La excusa le gal es todo impedimento legal que el juez debe de informar al momento de conocer de un determinado caso, las causales pueden ser varias, para poner un ejemplo, el interés personal en un caso, nexos familiares con alguna de las partes, nexos de amistades o enemistad, siempre y cuando estos, estén contemplados en la disposición normativa.

Mientras tanto, las casusas de excusa moral son aquellas que no están señaladas en los supuestos de hecho normativo, por ende, son indefinidas, sin embargo, no deben ser descartadas, ya que estas pueden ser estudiadas a nivel judicial para determinar si un hecho de esta naturaleza puede ser integrado como nueva causa para que el juez, por voluntad propia, decida no conocer del caso.

⁴⁹⁶ Corte IDH, Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20.

⁴⁹⁷ The Bernard and Audre Rapoport Center for Human Rights and Justice, The University of Texas at Austin, School of Law, *Escrito de observaciones presentado por Centro de Derechos Humanos y Justicia “Bernard and Audre Rapoport”*, 26 de enero del año 2009 en relación con la solicitud de opinión consultiva presentada por Argentina.

⁴⁹⁸ Alvarado Velloso Adolfo, *op. cit.*, pp. 150-151.

Por último, está la excusación íntima que aparece en aquellas situaciones delicadas, por la cual un juez no debe de conocer un caso, ya que en ella puede verse afectado su esfera individual de derechos o su seguridad.

A nivel Internacional, la situación es muy distinta, la excusación se formula en referencia a la nacionalidad del juez que vaya a conocer de un determinado caso. Es de interés, señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha expresado de dicho tema en la opinión consultiva OC-20/09,⁴⁹⁹ anteriormente citada en esta investigación. Al respecto, la Corte destaca que en asuntos o casos contenciosos originados en peticiones individuales se debe limitar la participación de jueces o miembros que ostenten la nacionalidad del Estado demandado o sujeto a supervisión. Así sucede, por ejemplo, en el ámbito de órganos cuasi-jurisdiccionales de protección como el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité contra la Tortura y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, más recientemente, en la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.⁵⁰⁰

Por lo tanto, cuando un juez se excusa por la cuestión de la nacionalidad, debe ser tomado en cuenta por el Tribunal con el fin de afianzar la imparcialidad objetiva. En este sentido, el juez internacional con nacionalidad del Estado demandado, podría no participar en casos contenciosos originados por peticiones individuales. Así, se abriría la posibilidad de proteger la imparcialidad del juicio, no respecto del Estado acusado, sino de la víctima que acude en busca de justicia, siendo este un derecho humano el ser oído por un tribunal que le garantice las condiciones mínimas de imparcialidad.⁵⁰¹

De esta manera, la Corte Interamericana estableció un único supuesto de hecho para que el juez perteneciente a su jurisdicción, podría excusarse de conocer un determinado caso, siempre y cuando la cuestión contenciosa provenga de la petición de algún Estado que haya aceptado la jurisdicción de la Corte IDH, siendo que el juez pueda pertenecer a aquel solicitante, de esta manera, se someterá a la decisión del juez si conoce o no del caso.

La Corte concluyó que el juez que ostente la nacionalidad del Estado demandado en un caso contencioso originado por una petición individual (conforme al artículo 44 de la Convención)

⁴⁹⁹ Corte IDH, Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-20/09, *cit.*, Párrafos 83-86.

⁵⁰⁰ *ibidem*, párrafo 83.-85

⁵⁰¹ *ibidem*, párrafo 84.

y el cual haya estado involucrado en el caso de alguna manera, no debe conocer de la controversia.⁵⁰² Esto debe ser observado para los casos recusación, así como para la excusación, se podría mencionar que la antigua postura procesalista es un buen indicio para adentrarnos en el estudio de estas figuras, aunque no puede ser determinante, por el contrario, deben de evolucionar y acoplarse al Estado constitucional de derecho, dando como resultado garantías de protección de los derechos humanos.

3.2.3 Respeto de los grupos de poder.

Existe una gran problemática respecto del poder y sus detentadores al momento de identificar quien realmente ejerce el poder. Para Karl Loewenstein existen dos tipos de individuos que detentan y ejercen el poder, por un lado, están los órganos estatales e institucionales, legitimados por la propia Constitución y la ley, estos pueden ser considerados oficiales; públicos y visibles, de los cuales se espera una conducta clara y previsible, siendo señalados cuando no se cumplan con sus obligaciones legales y constitucionales.⁵⁰³ Por otro lado, están los detentadores del poder privado, dicho sector representa un ejercicio de imperio no oficial, extra constitucional y por lo general, influyen en los procesos de conformación del poder público, esto dificulta su estudio, ya que, al contrario de los poderes públicos, estos son impredecibles, su funcionamiento es invisible y difícil de controlar

Cabría preguntarse, si algunos organismos que no desempeñan funciones institucionales, pero influyen en las decisiones políticas, pueden ser considerados como detentadores privados del poder. Al respecto, Loewenstein menciona que algunos órganos como los partidos políticos, no son considerados como parte fundamental de las Constituciones del mundo, por lo tanto, no pueden ser considerados como detentadores oficiales del poder, sin embargo, su ejercicio del poder es legítimo, ya que movilizan a las masas, convirtiéndose en actores públicos de gran peso social en las democracias formales.⁵⁰⁴

Esta postura puede ser positiva en democracias consolidadas, las cuales tienen gran responsabilidad y conciencia de sus actos, no obstante, existen democracias no consolidadas, donde este tipo de detentadores no aceptan el compromiso que requiere el ejercicio moderado del poder. Esta irresponsabilidad puede ser materializada en dos contextos, primeramente, cuando un

⁵⁰² *ibidem*, párrafo 86.

⁵⁰³ Loewenstein Karl, *op. cit.*, pp. 35-36.

⁵⁰⁴ *ibidem*, p. 37.

partido designa a un detentador oficial del poder, y de manera secundaria, cuando un solo partido es el único existente.

Este tipo de casos, por lo general, terminan por conformar grupos de poder con la posibilidad de socavar la independencia del poder Judicial, condicionando a los jueces de distintas maneras, con el objetivo de moldear las sentencias judiciales a su conveniencia, es por eso que se ha de buscar maneras de limitar el poder atípico.

También se debe mencionar que estos detentadores de poder partidista, no son los únicos que pueden minar la independencia judicial, no está de más mencionar a los grupos de poder económico, que al igual que los grupos del poder político partidista, buscan imponer por la fuerza sus intereses en las decisiones judiciales.

Respecto del primer grupo de poder atípico, se darán ejemplos provenientes de España y de Estados Unidos, posteriormente se realizará un análisis del funcionamiento de los grupos de poder económico, buscando esclarecer un patrón de actuación de dichos grupos, así como buscar alternativas en contra de estas influencias indebidas.

Los grupos de poder político suelen utilizar tres métodos distintos para subyugar al poder Judicial, entre ellos se destaca la patrimonialización política del poder Judicial, la sujeción ideológica de los jueces y la utilización de grupos de choque para presionar y amedrentar a los operadores judiciales e institucionales.

La patrimonialización del poder Judicial debe ser entendido como un fenómeno político que aparece cuando los grupos de poder deciden proponer a un candidato afín a sus intereses, con el fin de que ocupen un cargo de relevancia en un tribunal supremo o en la Judicatura, esta práctica se vuelve reiterada, hasta que llegan a colocar a una gran número de funcionarios que simpatizan con el grupo que los propuso, a tal punto, que llegan a coaptar toda la institución y en agradecimiento, termina por resolver a favor de dicho grupo. Como mencionan Landes y Posner la patrimonialización de cualquier poder, se ve desde una perspectiva económica a partir de los grupos de interés, supliendo a la legislación por grupos políticos que buscan presionar a sus rivales. El grupo ganador ofrece un valor de protección equitativo al apoyo político que les es prestado, así, por ejemplo, los candidatos a jueces deberán resolver en algunos casos a favor del

grupo quien los propone. De esta manera, la relación de poder públicos se rompe y es intercambiada por una relación de costo beneficio.⁵⁰⁵

Para poder detener la continuidad de estos hechos y sus respectivos efectos en la vida democrática de un Estado, se debe de tener dos instituciones fuertes, la primera de ellas debe estar presente en la rigidez legislativa para determinados actos Legislativos, estableciendo mayorías parlamentarias para ser llevados a cabo, por ejemplo, una designación.⁵⁰⁶ Por otro lado, se encuentra la segunda institución que debe ser fortalecida, consistente en la formalización y construcción de una independencia judicial fuerte, ya que en caso de que falle el primer límite de poder Legislativo, el poder Judicial pueda actuar en consecuencia, evitando la violación de algún derecho humano o rompimiento con algún principio constitucional. Para Landes y Posner, la independencia judicial, permite al juez negarse a aplicar alguna norma, por carecer de conformidad con la Constitución, con ello se reduce de manera significativa, el valor de la pretensión del grupo dominante.⁵⁰⁷

La imparcialidad y la forma de interpretar la norma con base en teorías argumentativas es esencial en la tarea de controlar al poder, sin embargo, no es la única fortaleza que deben asegurar los Estados constitucionales de derecho, aunado a lo anterior, debe ser garantizada la independencia y la autonomía de la decisión judicial, con el fin de resguardar con efectividad la Constitución. Es aquí donde aparecen los principales retos institucionales, respecto de las condiciones necesarias para el correcto funcionamiento de la jurisdicción constitucional. Sí la independencia judicial se llega a garantizar de manera efectiva, habrá más posibilidades de detener a los grupos de intereses particulares, de lo contrario, se corre un gran peligro de patrimonialización del poder público.

Por su lado, Alejandro Nieto pone de ejemplo lo que sucede cuando el poder Judicial es patrimonializado, esto a lo que respecta al caso español, hecho que sucedió con posterioridad al franquismo y marcó fuertemente los defectos en la organización judicial en años posteriores.⁵⁰⁸ Para Nieto la patrimonialización es *“toda apropiación ilegítima que de una organización y de sus correspondientes potestades realiza un grupo de personas o estamento desviando sus fines*

⁵⁰⁵ Landes and Posner, *The independent judiciary in interest-group perspective*, Stanford, center of economic analysis of human behavior and social institutions, 1975, p. 5.

⁵⁰⁶ *ibidem*, p.6.

⁵⁰⁷ *ibidem*, p.8.

⁵⁰⁸ Nieto Alejandro, *op. cit.*, p. 245-251.

originarios en beneficio propio".⁵⁰⁹ En pocas palabras, los grupos de interés político aparecen cuando se ha de resolver un litigio donde intervenga el Estado y un ciudadano.

Para intervenir indebidamente en la función judicial, se realizan distintas maniobras que buscaban limitar la interpretación judicial y poner en riesgo la independencia judicial. Se puede mencionar que en el caso español fueron utilizadas dos artimañas con el fin de desarticular el poder Judicial por parte del partido socialista español, quien ganó las elecciones posteriores a la dictadura de Franco.

Primeramente, este partido ideó la manera de bloquear el control constitucional para casos que atañeran sus intereses políticos, así, se determinó que la independencia judicial estaba ligada a lo estipulado por la ley, con independencia de si esta era o no conforme con la Constitución.⁵¹⁰ De esta manera, optaron por una respuesta legalista y limitada del concepto. A partir de ahí, idearon la segunda artimaña, la cual consistió en medidas concretas para sacar jueces anteriores y colocar nuevos, como, por ejemplo, recorta la edad de jubilación a jueces que todavía estaban en el cargo y eran contrarios a dicho partido, por ende, fue la medida idónea para expulsar jueces y una vez fuera, colocaron a su personal de confianza en los puestos de más alto rango.

Una vez logrado su objetivo, decidieron ocupar el Consejo Judicial español, por medio de una reforma, se desechó el ministerio de justicia y se reemplazó por un organismo a modo, donde el Ejecutivo puso a sus allegados como consejeros y a su vez, se les facultó para que pudieran designar discrecionalmente a quienes ellos consideraran aptos para los cargos judiciales, eliminando toda posibilidad de ser seleccionado por medio de un concurso de oposición. Completado el proceso, el gobierno comenzó a entrometerse en cualquier caso que fuera en contra de los intereses del partido.⁵¹¹

Como se observa, los grupos de poder atípico se esconden tras los partidos políticos y utilizan a dichas organizaciones dentro del poder Legislativo, con el fin de modificar leyes para que pugnen por sus intereses. Si el poder Judicial no controla ese tipo de normas declarándolas inconstitucionales a partir de un compendio de valores constitucionales y no solamente legales, se corre un grave peligro para el Estado, ya que podría existir una intervención indebida de estos grupos en los asuntos públicos.

⁵⁰⁹ *ibidem*, p. 245.

⁵¹⁰ *ibidem*, pp. 246-247.

⁵¹¹ *ibidem*, pp. 247-252.

Otro de los mecanismos para patrimonializar al poder Judicial, radican en colocar a un funcionario sujeto a la ideología del grupo político dominante. Cabe aclarar que la ideología debe ser entendida como la representación de la cultura que conforma un sistema de valores, conductas y reglas, que adoptan los individuos o los colectivos. Es por ello que A. Espinosa Pezzia y A. Calderón Prada, han caracterizado a la ideología, en cuatro elementos:⁵¹²

- A) El primer elemento está presente en las creencias y actitudes, siendo estas asociaciones probabilísticas entre el objeto de conocimiento y un conjunto de atributos que nos permiten establecer a través de categorías “qué es y cómo se designa” dicho objeto; en esa misma línea, las actitudes serán entendidas como la asociación en la memoria entre el objeto antes referido y la evaluación del mismo.
- B) El segundo elemento está presente en las normas, que son aquellas reglas y expectativas que regulan las conductas, creencias y emociones deseables e indeseables para los miembros de la cultura.
- C) El tercer elemento, está presente en los valores, los cuales son entendidos como creencias centrales referentes a estados deseables o modos de conductas que trascienden a situaciones específicas y que guían la selección y evaluación de comportamientos.
- D) El cuarto elemento es la cultura, concebida como un síndrome de valores subjetivos cuya programación compartida en la mente de un grupo de individuos, establece la diferencia de un grupo con otro.

Estos elementos conforman a la ideología perteneciente a distintos grupos que conllevan distintos fines políticos. La problemática se suscita cuando un juez se identifica con un tipo de ideología dominante. Al respecto, autores como Teun A. van Dijk mencionan que uno de los acercamientos clásicos a la ideología está presente en su naturaleza dominante, en el sentido de que desempeñan un papel en la legitimación del abuso de poder por grupos dominantes. *“Una de las formas más eficientes del dominio ideológico se da cuando también los grupos dominados aceptan las ideologías dominantes como “naturales” o como parte del “sentido común”.*⁵¹³

⁵¹² Espinosa, Pezzia y Calderón, Prada, *Ideología política, valores culturales y miedo a la muerte Su impacto después de los atentados del 11 de marzo*, España, Universidad del País Vasco, Psicología Política, Nº 32, 2006, pp. 35-36.

⁵¹³ Teun A. van Dijk, “Política, ideología y discurso”, *Quorum Académico*, Venezuela, Universidad de Zulia, julio-diciembre, 2005, Vol. 2, Nº 2, p. 17.

Aquí se encuentra el gran peligro de que un juez se identifique con una determinada ideología política y la pueda llevar a la práctica en sus sentencias, siendo que exprese los intereses ideológicos del grupo que lo ha llevado al poder. Casos existen muchos, pero en los Estados Unidos se da con mayor frecuencia que un juez tome posturas ideológicas extremistas para resolver algún caso. Por ejemplo, los nombramientos del expresidente Bush, quien buscó colocar a jueces que tuvieran una ideología conservadora y complacieran a los líderes republicanos, formando con ello un ala conservadora en la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América. Esta práctica comenzó con el nombramiento del juez John Roberts y continuó con el magistrado Samuel Alito, con el objetivo de minar los precedentes que habían establecido derechos fundamentales, como por ejemplo; el derecho al aborto, la libertad de conciencia y de expresión, la eliminación periódica de la segregación racial, grandes logros judiciales consolidados con anterioridad y que en ese momento fueron puestas en duda por una ideología de extrema derecha.⁵¹⁴

Las interpretaciones no eran hechas conforme al texto constitucional, sino a modo de las lealtades partidistas. Por poner un ejemplo, el Presidente se coordinaba con las fuerzas políticas republicanas para establecer por medio de la ley una limitación a un derecho, siendo el aborto el objetivo a eliminar. Dworkin nos describe que la derecha estadounidense, suele abandonar las contiendas cuando ha sido vencida en el debate político, por ello, necesita jueces a modo que interpreten los derechos fundamentales de manera que puedan moldear la decisión. Los jueces de las Altas Cortes, subordinados a la ideología política, interpretarán un derecho a conveniencia de un sector de la sociedad determinado, haciéndolo de una manera desproporcionada.⁵¹⁵ También se podría hacer referencia al actual nombramiento de la jueza Amy Coney Barret, propuesta por el presidente estadounidense Donald Trump, quien además está apoyada por grupos religiosos ultra conservadores, colocando en ella la esperanza de que pueda llevar a la práctica su agenda religiosa en las decisiones judiciales. Asimismo, mencionar que la jueza Barret ha sido inspirada por los métodos conservadores de su maestro el Juez Antonin Scalia, quien negó en el tiempo que fungió como juez, derechos como el aborto, por el hecho de no estar expresados de manera literal en la Constitución estadounidense.⁵¹⁶

⁵¹⁴ Dworkin Ronald, *Derechos, libertades y jueces*, 2ª ed., México, Editorial Tirant to Blanch, 2015, p. 171

⁵¹⁵ *ibidem*, p. 172.

⁵¹⁶ Liptak, Adam, 26 de octubre de 2020, "la jueza Amy Coney Barret es confirmada a la Corte Suprema ¿Cuál es su historial?", "New York Times". Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2020/10/26/espanol/estados-unidos/amy-barrett.html>

Por último, están los métodos que utilizan algunos grupos político atípicos, basados en la fuerza, la cual puede variar dependiendo de la situación del momento, por ejemplo, en México, ciertos actores políticos han utilizado a sus simpatizantes para presionar la destitución de jueces y magistrados que no juegan conforme sus intereses. Ya se recordará los enfrentamientos de estos individuos en contra de la designación de algunos ministros de la corte.⁵¹⁷ Estos individuos se excusaban en el derecho a la protesta, solo que tal reproche tenía un interés político muy claro, consistente en desestabilizar al poder Judicial, y presentarse como una demostración de la fuerza “popular”.

De esta manera, se pretendía destrozar la independencia judicial a merced de la llamada voluntad popular. En otras ocasiones, los grupos de poder utilizan a sus allegados para realizar presión respecto de la resolución de un caso, como por ejemplo, el proceso de Cristina Kirchner, quien fuera acusada por segunda vez por actos de corrupción, tráfico de influencias y lavado de dinero.⁵¹⁸ El partido Unidad Ciudadana del cual proviene Cristina, utilizó a sus simpatizantes para que ejercieran presión en contra del poder Judicial, pero a diferencia del caso mexicano, la protesta fue llevada a cabo de manera pacífica.

3.2.4 Respetto de los medios de comunicación.

Para finalizar, tenemos que mencionar la posibilidad que tienen los medios de comunicación, en conjunto con el poder político y económico para crear núcleos de poder atípico con el que pueden socavar a las instituciones, Para Luigi Ferrajoli, este tipo de fenómenos son endémicos de la mayoría de las democracias, ya que existe una fuerte relación entre el dinero, la información y la política, de forma que cada sector salga beneficiado, de esta manera se produce un círculo vicioso, anti o extra representativo de la acción del gobierno.⁵¹⁹

De esta manera, los grupos de poder utilizan a los medios de comunicación, con el fin de lograr sus intereses privados, derribando a quien se oponga a ellos, ya sea a actores políticos, instituciones o ciudadanos. Ferrajoli menciona que cuando la esfera pública y la esfera privada se

⁵¹⁷ Gandaria, Manrique, 2 de marzo de 2019, Tras 80 días, manifestantes se retiran de la SCJN; pedían la renuncia de ministros, “El sol de México”, Disponible en : <https://www.elsoldemexico.com.mx/mexico/sociedad/manifestantes-se-retiran-de-la-scn-pedia-la-renuncia-de-ministros-3133142.html>

⁵¹⁸ Rivas Molina, Federico, 20 de septiembre 2019, Cristina Kirchner va a juicio oral por la causa de los cuadernos, “El país Argentina”, Disponible en: https://elpais.com/internacional/2019/09/20/argentina/1569003477_701190.html

⁵¹⁹ Ferrajoli, Luigi, *Los poderes salvajes*, cit., p. 53.

cruzan, causan graves conflictos, debido a que se anteponen los intereses de unos cuantos por sobre el bien común.⁵²⁰ De la misma manera, César Landa advierte que cuando las estructuras del Estado de derecho se comienzan a deteriorar, se abre la posibilidad de que los grupos de poder fáctico puedan actuar, por así llamar a los medios de comunicación, dando como resultado una judicatura encadenada a los intereses privados.⁵²¹

Estas situaciones representan un gran peligro para los sistemas judiciales, debido a que un juez puede fallar a favor de un monopolio mediático, si es que se ve presionado por estos, así el poder mediático consigue sentencias que lo eximan de impuestos, que le den ventaja sobre sus competidores o que salga libre de culpas en caso de atacar la buena reputación de alguien. En efecto, esto debilita al Estado de derecho constitucional, en la defensa de la Constitución, sometiéndola a una serie de intereses privados que abren la puerta a una esfera de impunidad, de esta forma, los medios de comunicación se convierten en un instrumento clave para destruir instituciones, sin que los sistemas judiciales cuenten con las garantías legales y constitucionales para frenarlos.⁵²² Esto es aprovechado por los medios de comunicación, para lanzar mensajes parciales que cambien a su favor la opinión pública o para ejercer presión sobre un individuo que muchas veces resulta ser el juez.

Ferrajoli pone de ejemplo el caso de su país, respecto de la unión del poder político con el poder mediático. En Italia, a principios del siglo XXI, fueron utilizados los medios de comunicación para fomentar una postura populista de derecha, así, se inyectó en el cuerpo social, miedo, odio, desconfianza, con la finalidad de desestabilizar al régimen constitucional. Los medios utilizados crearon las condiciones necesarias para cultivar regímenes totalitarios, facilitando el ascenso al poder de individuos como Silvio Berlusconi quien, apoyado por la masa del partido Forza Italia, lanzó por vía de los medios de comunicación, noticias parciales, también criminalizó a quienes ejercían sus derechos humanos y estigmatizó a los grupos más débiles de la sociedad, como los inmigrantes africanos. Utilizando la división social, es como pudo mantenerse en el poder por casi 10 años, iniciando su mandato en 2002 y terminado en 2011.⁵²³

⁵²⁰ *ibidem*, p. 54

⁵²¹ Landa, César, "Balance de la reforma judicial de Perú a la luz de los derechos fundamentales" en German Burgos Silva (comp.), *Independencia Judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Colombia, Ediciones Antropos, 2003, p. 80.

⁵²² Ferrajoli, Luigi, *Los poderes salvajes*, cit., p. 61.

⁵²³ *ibidem*, p. 67.

El caso italiano es de especial interés, porque es muestra de cómo el poder político en conformidad del poder mediático, han buscado imponer una perspectiva ideológica que pueda facilitarles la obtención de sus objetivos y pueda contrariar cualquier otra postura distinta. Por medio de esta táctica, los grupos de poder atípico se presentan como los redentores de la democracia, contrapuestos a las viejas aristocracias tradicionales de los partidos de siempre, en búsqueda de un objetivo más grande y trascendental que la vida humana. Para Ferrajoli, este tipo de movimientos son en realidad la exaltación política de una democracia desbordada a través de un lenguaje corriente y vulgar, el cual exalta la ordinariez, la ignorancia y el machismo, como cuestiones deseables para ser reproducidos en los medios de comunicación.⁵²⁴ A esto se suma la falta de educación política de la masa que contribuye a la descalificación de los controles constitucionales, promocionando la desconfianza en las instituciones públicas y en quienes ellos consideran los adversarios políticos “*El descenso del sentido moral y la destrucción del espíritu público no son solo un efecto, sino también un fin de la estrategia demagógica de construcción del consenso.*”⁵²⁵

Este es el mayor peligro para los jueces que busquen resolver un litigio en contra de estos poderes atípicos, ya que se ven confrontados no solo a los detentadores del poder político y económico, sino también a los medios de comunicación, que se prestan como un instrumento golpeador de instituciones, así, los noticieros, programas, notas periodísticas pueden tergiversar la verdad de los hechos sucedidos dentro de un proceso judicial, crear culpables, lanzar a la opinión pública acusaciones sin sustento de corrupción judicial, dar veredictos adelantados, etc.

De esta manera, los medios pueden distorsionar irremediabilmente las decisiones judiciales y la credibilidad de la judicatura como institución. Es preciso hablar de que los medios producen juicios paralelos definidos por Alejandro Nieto como una de las plagas que más agobia hoy a los jueces y magistrados. Sobre todo, en asuntos de interés popular, donde los medios se lanzan, sin más a absolver o a condenar, incluso a determinar por su cuenta la cuantía de las penas. Y esta opinión que se ha formado sin dar audiencia a los interesados es aceptada por la opinión pública.⁵²⁶ Es de importancia precisar que el periodista al no ser abogado, carece de criterio

⁵²⁴ *ibidem*, p. 72.

⁵²⁵ *idem*.

⁵²⁶ Nieto Alejandro, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Madrid España, Editorial Trotta y Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010, p. 137.

jurídico para informar de los acontecimientos judiciales, de esta forma aparece una valoración paralela, dando como resultado una imagen errónea del trabajo judicial.

Se puede mencionar que existen dos tipos de juicios que el periodista suele cubrir en sus notas, el primero de ellos es el juicio no político, donde no interviene ningún interés público de relevancia, más allá de un homicidio, robo, etc. Mientras tanto, existen los otros tipos de juicio, los cuales contienen un amplio contenido político y es en ellos, donde la independencia judicial corre peligro, ya que, según Nieto, *“los valores están sesgados con las peores intenciones y cada acto de juez y cada gesto del tribunal son examinados con lupa desenfocada. En estos casos no se juzga a los imputados sino al propio juzgador, al que se le tiene por parcial y prevaricador convicto.”*⁵²⁷

La problemática se agrava cuando los medios de comunicación se enfocan a sustentar los dichos del poder atípico, por ejemplo, cuando el poder Ejecutivo o el partido en el poder, utilizan a los medios de comunicación de tal manera que presionan a los jueces a resolver conforme a sus intereses. Esto va aunado con la finalidad que tienen las empresas dedicadas a la comunicación que es vender la noticia, por ende, debe ser presentada de la manera más sensacionalista posible. Como menciona Carlos Prat Westerlinth, *“el criterio económico es fundamental a la hora de difundir la noticia. Lo vendible impregna la crónica judicial de los medios. El poder y la capacidad de influencia de la noticia también son tenidas en cuenta, en especial, en noticias que poseen cierta carga política”*.⁵²⁸

Para ejemplificar lo anterior, está el caso venezolano, el cual presenta la intervención de los medios de comunicación, el poder político y el poder Judicial. Los hechos comenzaron cuando el Ejecutivo venezolano atacó directamente a los jueces en los medios de comunicación, socavando con ello su reputación en un intento por hacer que renunciaran o en cuestión fueran destituidos. Este es el caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, donde Hugo Chávez buscó la destitución de los jueces pertenecientes a la primera corte contenciosa de lo administrativo, por el simple hecho de haber ido en contra de los intereses del dictador, ya que con tiempo de antelación los jueces habían decidido colocar límites para la actuación de las fuerzas militares venezolanas, como por ejemplo,

⁵²⁷ *idem.*

⁵²⁸ Prat Westerlinth, Carlos, *Relaciones entre el poder judicial y los medios de comunicación, los juicios paralelos*, México, Tirant to Blanch, 2013, p. 101.

impedir que un helicóptero despegara de una base que se encontraba en lugares de alta densidad poblacional, además, suspendieron algunas investigaciones que no respetaban garantías judiciales mínimas hacia militares inconformes con Chávez, también aceptaron la tramitación de un amparo para la desmilitarización del país, entre otras acciones contrarias al discurso e interés de la dictadura chavista.⁵²⁹

Este caso fue presentado ante la Comisión Interamericana y resultó procedente, ya que el Consejo Judicial venezolano destituyó a estos jueces, debido a que no contaban con la garantía de permanencia personal, ya que estaban en un régimen laboral provisional y no de planta, sin embargo, entre los alegatos de la Comisión ante la Corte, resalta uno, respecto de los medios de comunicación, ya que después del ataque mediático vino la destitución, de tal manera que se presumía que había una intencionalidad en la destitución de estos jueces, provocadas por los dichos de un dictador, después de una rueda de prensa. Sin embargo, no pudieron identificar si existía una orden directa del poder público en relación del uso indebido de los medios de comunicación, derivado de ello, la Corte Interamericana descalificó estos hechos. Es entendible que lo haya hecho, pero no justificable, ya que debería haberse estudiado la naturaleza de los medios de comunicación en función de los juicios paralelos y la tendencia política dentro de las pruebas presentadas. Sin embargo, la Corte Interamericana le dio entrada a un alegato de la Comisión que consistía en un pronunciamiento que hizo Hugo Chávez respecto de otro caso resuelto por el mismo tribunal, que con anterioridad, había limitado a médicos extranjeros por no tener la acreditación necesaria para operar en Venezuela, este fue el pretexto perfecto para que el dictador pudiera atacar al poder Judicial, mediante una declaración mediática.⁵³⁰

La Comisión argumentó que dentro de la Corte primera existían dos tendencias políticas diferenciadas, por un lado, las víctimas del caso, las cuales jugaron un verdadero rol en su papel de juez controlador del poder y por el otro, los jueces que habían estado conforme con el régimen venezolano y que con posterioridad se les otorgó un ascenso.⁵³¹ La Corte Interamericana por su parte, observó que los jueces no habían tomado ninguna postura política, ya que con anterioridad habían fallado en contra del régimen chavista, lo que levantaría las sospechas fue su pronta

⁵²⁹ Corte IDH, Caso Aplitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela., cit., párrafo 112.

⁵³⁰ *ibidem*, párrafo 115.

⁵³¹ *ibidem*, párrafo 119.

designación de planta una vez que fallaron a favor de los intereses del dictador, respecto del caso de los médicos sin certificación.⁵³²

Con independencia de lo resuelto por la Corte Interamericana, el argumento de la Comisión trata de ejemplificar el uso de los medios de comunicación para golpear la independencia judicial, la pregunta es ¿Cómo se ha de evitar estas intervenciones del poder público por medio de los medios de comunicación?, pues España, así como México, ya han puesto manos a la obra. Es de interés los avances que ha hecho estos países en relación con los medios de comunicación y el poder Judicial. Respecto de España, se ha creado una regulación específica con varias limitaciones para los medios de comunicación, buscando abonar a la fortaleza de la independencia judicial, lo que ha permitido que los medios de comunicación escriban la nota judicial de manera exacta e imparcial, explicando los procedimientos y las sentencias del juez.⁵³³ En el caso mexicano, la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha puesto en marcha un programa para la formación periodística que tenga que informar hechos judiciales, de manera que se haga con imparcialidad y objetividad, abonando a la rendición de cuentas y la formación del pensamiento crítico.⁵³⁴

Estas podrían ser algunas soluciones a esta problemática que ha ido en aumento con la masificación de los medios de comunicación y la integración de redes sociales, donde no existe la manera de controlar ese tipo de publicaciones y suelen hacerse desde el anonimato.

3.3 Requerimientos de la independencia judicial – La dimensión interna

Como se había mencionado con anterioridad, la independencia judicial se estudia desde dos dimensiones, una externa, la cual ya ha sido explicada en esta investigación, y la dimensión interna que suele empatarse con la construcción conceptual que hace Karl Loewenstein, a partir de la idea del control interórgano, la cual surge de la necesidad de despersonalizar al poder público, para el profesor alemán este es un rasgo esencial de los Estados constitucionales de derecho, colocando a las instituciones por encima de las figuras del poder individualizado. La institucionalización del poder está fundamentada en el cargo como tal, independientemente de la persona o personas que lo ocupen o ejerzan, de esta manera, una persona puede ejercer un cargo

⁵³² *ibidem*, párrafo 120.

⁵³³ Ronda Iglesias, Javier, "El periodismo judicial en España", España, *Ámbitos*, 2003, núm. 10, pp. 10-13

⁵³⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Líneas Generales de Trabajo*, 2019-2022, México, 2018, pp. 6-7

tan solo porque han sido designadas a ocuparlo, asimismo, se atiene a un vínculo de responsabilidad política y a un sistema de rendición de cuentas.⁵³⁵

La historia ha enseñado como poco a poco se ha degradado la idea del poder unipersonal, para dar lugar a regímenes institucionalizados, lamentablemente, la historia también nos ha enseñado que existen retrocesos importantes, los cuales ponen en duda el carácter institucional con el que ejercen el poder, por ejemplo; el ascenso al poder de Hitler y Mussolini. Individuos que ejercen el poder de manera temporal y pueden poner en peligro la estabilidad del propio Estado, ya que, a la muerte de estos individuos, hacen tambalear toda la estructura institucional que se formó alrededor de sus designios. Cabe mencionar que la unipersonalidad puede presentarse en distintas modalidades, el poder puede ser ejercido por un solo individuo o por varios, solo que estos varios actúan conjuntamente y el resultado suele ser atribuido a un solo órgano detentador del poder, podríamos mencionar el caso de una asamblea que haya decidido ejercer despóticamente el poder, sin control alguno.

La tarea principal del control intraórgano es eliminar cualquier personalización del poder, mediante la construcción de un órgano plural que pueda dividir el ejercicio del mismo. Para realizar dicha tarea, se deben de establecer medidas disciplinarias que puedan sujetar al poder individual a la institucionalidad. De esta manera, la idea de control interórgano puede ser aplicada para el poder Judicial, dando paso a los Consejos Judiciales. Si bien, los primeros órganos que administraban al poder Judicial internamente y aplicaban un sistema disciplinario, no contaban con un consenso internacional, sin embargo, poco a poco, comenzaron a cobrar relevancia en los órdenes constitucionales del mundo después de la segunda guerra mundial.

El primero de estos órganos fue el *Conseil Superieur de la Magistrature*, aparecido en Francia en 1946, el segundo fue el del *Consiglio Superiore della Magistratura*, aparecido en Italia en 1957, ambas instituciones estudiadas por los profesores Nano Garoupa y Tom Ginsburg, quienes ven en estas un gran avance en la garantía contra la politización del poder Judicial y un supuesto necesario para la independencia judicial.⁵³⁶ Sin embargo, también ha traído algunos problemas, debido a que los Consejos Judiciales se han visto envueltos en temas de rendición de cuentas que competen al foro, siendo ellos mismos, sujetos al poder político. Por ejemplo, en

⁵³⁵ Loewenstein, Karl, *op. cit.*, pp. 232-235.

⁵³⁶ Garoupa, Nano y Ginsburg, Tom, "Guarding the guardians: Judicial councils and judicial Independence", en *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*, Chicago, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper, 2008, No. 444, p. 6.

la Francia de los años 90's, se dotó de grandes facultades al poder Judicial para resolver conflictos internos, sin embargo, se mantuvo la subordinación de externa de los jueces al poder Ejecutivo y Legislativo, convirtiendo al juez en lo individual y al poder Judicial en lo colectivo en agentes estatales dóciles.

Para el caso italiano, Garoupa y Ginsburg mencionan que la independencia judicial es extrema, siendo garantizada por el Consejo Judicial que controla todos los aspectos tendientes al juez.⁵³⁷ El balance del poder del consejo es claro desde la dimensión interna, sin embargo, el modelo está socavado por la jerarquización dentro del poder Judicial, ya que el consejo se ha entrometido en las decisiones judiciales de los magistrados. Por ejemplo, las escandalosas investigaciones relacionadas con operadores judiciales, empresarios, políticos y burócratas, desde el periodo de 1992 a 1997, que pusieron en duda la facultad de rendición de cuentas del mismo consejo, lo que determinó una recomposición de dicho órgano en el año 2002, con el fin de que el parlamento pudiera intervenir en las decisiones internas del poder Judicial.

Es por ello la importancia de tener órganos que puedan legitimar la función de los jueces respecto de poderes externos, pero también al poder interno. Los Consejos Judiciales resultan ser los mecanismos idóneos para esta doble tarea, por ende, se estudiará la naturaleza de estas instituciones, recalcando cuáles son los parámetros de actuación en el sistema internacional, regional, así como las observaciones que ha realizado la ONU ha México, posteriormente, se estudiará cuál es la relación entre los tribunales constitucionales y los consejos de la judicatura, por último, la relación de los consejos de la judicatura respecto de los jueces ordinarios.

3.3.1 Respetto de los Consejos Judiciales

Como se mencionó con anterioridad, los consejos de la judicatura nacen posteriormente a la segunda guerra mundial, en un momento donde los Estados buscaban erradicar el control personal que habían tenido los tiranos respecto de las funciones estatales. De esta manera, aparecieron los Consejos Judiciales que comenzaron por desarrollar un método efectivo de la protección de los derechos humanos, a partir de la limitación de sus funcionarios judiciales, de esta manera se garantizó un conocimiento imparcial y autónomo de los casos a quienes acudían a los tribunales en búsqueda de justicia. Para algunas autoridades del ámbito internacional como la Comisión Europea, reconocen el derecho de una persona a una judicatura independiente e imparcial como

⁵³⁷ *idem.*

parte del juicio justo y a los Consejos Judiciales como garantes del mismo. Entonces, la plenitud de la independencia judicial presupone una auto regulación y un auto gobierno, el cual incluye la organización del trabajo de las corte y las actividades de los cuerpos profesionales de jueces.⁵³⁸

Los organismos internacionales han abonado a la discusión, por ende, es de relevancia abordar sus criterios, comenzando por el sistema universal, posterior, el sistema europeo y, por último, el sistema interamericano de derecho humanos, identificando el parámetro deseable para constituir un Consejo Judicial que corresponda a los requerimientos del Estado constitucional de derecho.

Por ejemplo, el sistema universal de derechos humanos insiste partir de 20 principios que aseguren la independencia judicial.⁵³⁹ que su vez se subdividen en 6 grupos. 1) de independencia judicial (principio 1-7); 2) libertad de expresión y asociación de los jueces (principio 8-9); 3) competencia profesional, selección y formación (principio 10); 4) condiciones de servicio e inamovilidad (principio 11-14); 5) secreto profesional e inmunidad (principio 15-16); 6) medidas disciplinarias, suspensión y separación del cargo (principio 17-20). Estos principios son considerador material interpretativo y guías para determinar lo que es la independencia judicial en términos materiales. Sin embargo, por sí mismos, no constituyen una institución burocrática, por ende, la ONU se propuso a trabajar en otro tipo de documento que colocaran bases institucionales generales, producto de esto nació el Estatuto internacional del juez, el cual sí contempla la manera en que deben ser creados los Consejos Judiciales.⁵⁴⁰ Por lo anterior, se puede mencionar que el sistema universal se ha encargado de colocar en la mira de los Estados, principios generales que presentan gran contenido abstracto, por ello no han podido suministrar directrices concretas de actuación institucional, lo que sí han hecho los sistemas regionales.

⁵³⁸ European Comission, Comparative analysis on the High Councils for Judiciary in the EU member states and judicial immunity, support to justice sector reforms in ukraine. p.1. Disponible en: <http://www.pravojustice.eu/storage/app/uploads/public/5ae/f8b/adb/5aef8badb2c7b574848064.pdf>

⁵³⁹ ONU, Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985, Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx>

⁵⁴⁰ Unión Internacional de Magistrados, Estatuto universal del juez, Adoptado por el Consejo Central de la UIM en Taiwán, el 17 de noviembre de 1999, Disponible en: https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/the_universal_charter_of_the_judge/universal_charter_2017_spanish.pdf

Muestra de ello el sistema europeo, que, por medio del Consejo de Europa, instituyó el estatuto de los jueces de manera regional, lo que ayudó a determinar la función principal de los Consejos Judiciales para toda Europa. De esta manera aparecieron límites internacionales a la facultad de selección, contratación, nombramiento, del personal judicial, así como el desarrollo de la carrera o cese del cargo de un/a juez. El Estatuto prevé que esto debe ser realizado por un organismo independiente, fuera del control del poder Ejecutivo y Legislativo.⁵⁴¹ Además se le atribuyeron funciones muy específicas con el fin de garantizar la independencia judicial como; el nombramiento de los jueces, medidas disciplinarias, estabilidad en el cargo judicial, remuneraciones, etc.

Con posterioridad, nacerían otros órganos como el Consejo Consultivo de Jueces Europeos, el cual ha lanzado 20 informes desde su creación en 2001 hasta la fecha, uno de los informes con mayor relevancia para esta investigación, es el N°10 llamado “Sobre el Consejo de Justicia a la sociedad.”⁵⁴²

Ya que, en los puntos de opinión 8-14, aclaran cuál es la naturaleza de los Consejos Judiciales. Por ejemplo, en el punto 8 se hace alusión a la verdadera función de los Consejos Judiciales, la cual radica en garantizar la independencia del sistema judicial y la independencia en lo personal de cada juez. Puesto que, en un Estado constitucional de derecho, la existencia de un poder Judicial independiente e imparcial es una exigencia estructural para materializar la Constitución al ordenamiento inferior y con ello a todos los ámbitos estatales.⁵⁴³ En continuidad con lo anterior, el punto 9 hace alusión a la naturaleza de la independencia judicial, la cual debería aparecer como una garantía de verdad, de libertad, de respeto de los derechos humanos, y de justicia imparcial no sometida a influencias externas. la cual busque preeminencia del derecho por sobre la decisión política. La independencia vista de esta manera, se convierte en una condición

⁵⁴¹ Consejo de Europa, Carta europea del estatuto de los jueces, Estrasburgo 8-10 de Julio de 1998, Disponible en:<http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/4255/cartaeuropea.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁵⁴² Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) a la atención del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el Consejo de la Justicia al servicio de la sociedad, Informe N.º10(2007) del 23 de noviembre de 2007, pp. 3 – 4, Puntos 8-14. Disponible en : <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Relaciones-internacionales/Relaciones-internacionales-institucionales/Europa/Consejo-Consultivo-de-Jueces-Europeos/>

⁵⁴³ *ibidem*, punto 8.

de imparcialidad de los jueces, por consiguiente, en una garantía de igualdad de los ciudadanos ante la justicia.⁵⁴⁴

Además, el Consejo Consultivo de Jueces Europeos consideró que los Consejos Judiciales deberían promover la eficacia y la calidad de la justicia, contribuyendo a velar por el respeto al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, reforzando la confianza de los usuarios en la justicia. En este sentido, “*el Consejo de la Justicia debe establecer las herramientas necesarias para la evaluación de la justicia, rendir cuentas del estado de los servicios y pedir a las autoridades competentes que tomen las medidas necesarias para mejorarla*”.⁵⁴⁵

Además, los Consejos Judiciales deben de estar contemplados en una Constitución escrita, especificando su funcionamiento, o por lo menos en una ley. Estas normas deben prever la creación de este tipo de órgano, la determinación de sus funciones, el origen de los miembros que lo componen, la aplicación de los criterios relativos a su composición y el modo de designación de sus miembros.⁵⁴⁶ Asimismo, dichas instituciones deben de ir más allá de la gestión y de la administración del poder Judicial, deberán encarnar al gobierno judicial, permitiendo a los jueces ejercer sus funciones fuera del control de los poderes Ejecutivo, Legislativo, así como de cualquier presión indebida que proceda del propio poder Judicial.⁵⁴⁷

El CCJE consideró que sería inapropiado que los Consejos Judiciales estén limitados por otros poderes, por lo tanto, deben de ser organismos autónomos los cuales puedan determinar su funcionamiento o sus temas de debate.⁵⁴⁸ Las relaciones entre el Consejo Judicial, los presidentes de las altas Cortes, el jefe de Estado y el parlamento, habrán de ser determinadamente limitadas. Sumado a ello, las relaciones con los tribunales y, especialmente con los jueces, deberían ser tenidas en cuenta en la medida que los Consejos Judiciales estén limitados en la manera en que pueden subordinar de manera jerárquica a los tribunales ordinarios, evitando que puedan incidir en la decisión de fondo respecto de las resoluciones judiciales.

Por último, el CCJE menciona que los Consejos Judiciales deben de garantizar la independencia judicial, respecto de cualquier presión o prejuicio externo de carácter político,

⁵⁴⁴ *ibidem*, punto 9.

⁵⁴⁵ *ibidem*, punto 10.

⁵⁴⁶ *ibidem*, punto 11.

⁵⁴⁷ *ibidem*, punto 12.

⁵⁴⁸ *ibidem*, punto 13.

ideológico o cultural, la absoluta libertad para que los jueces puedan resolver de modo imparcial sobre los asuntos que tienen a su cargo, debe seguir su íntima convicción y su propia interpretación de los hechos, de conformidad a las reglas vigentes del derecho.⁵⁴⁹

Estas recomendaciones y observaciones son puntos de gran interés, porque muestran un correcto y deseable desempeño de la función de los Consejos Judiciales respecto de la independencia judicial, sin embargo, Europa no es el único continente que ha buscado establecer directrices para la creación, modificación y funcionamiento de estas instituciones. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha hecho grandes esfuerzos por realizar recomendaciones, observaciones y colocar directrices en relación al correcto funcionamiento de los gobiernos judiciales. De esta manera, la Comisión Interamericana ha ubicado en su informe titulado “Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de derecho en las Américas”,⁵⁵⁰ las guías institucionales y materiales necesarias, para comprender de manera plena, el término “independencia judicial”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos comenzó por determinar la existencia de una obligación internacional, la cual debe ser observada por todos los Estados miembros de la OEA, esta reside en el respeto de las garantías judiciales mínimas, en relación de los procedimientos de selección y nombramiento de funcionarios judiciales, la observación y seguimiento del ejercicio judicial en lo individual, y en caso de que se demuestre una actividad indebida o ilícita, poner a disposición al funcionario a un proceso disciplinario, en el cual se le garantice el debido proceso y la posibilidad de impugnar el fallo.⁵⁵¹

Además, la Comisión Interamericana consideró que las atribuciones y las garantías con que cuente el órgano de gobierno y administración, pueden reducir de manera significativa los riesgos para la independencia judicial. Resultado de ello, también se consideró que es recomendable que los Estados propicien la creación de un órgano independiente encargado de llevar a cabo el cumplimiento de esta obligación.⁵⁵² Dicho órgano deberá estar separado institucionalmente del poder Ejecutivo y Legislativo, como garantía de independencia respecto

⁵⁴⁹ *ibidem*, Punto 14.

⁵⁵⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44 5 diciembre 2013. pp. 109-111, Párrafos. 241-245. Disponible en : <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/Operadores-de-Justicia-2013.pdf>

⁵⁵¹ *ibidem*, párrafo. 240.

⁵⁵² *ibidem*, párrafo. 241.

de estos poderes, distinguiéndose de las funciones realizadas por alta Cortes y tribunales constitucionales.

La CIDH también mencionó que no hay una norma de derecho internacional duro que obligue a los Estados a crear un Consejo Judicial, sin embargo, algunos países han tomado iniciativa propia configurando dichas instituciones.⁵⁵³ Su presencia contribuye a reducir y superar riesgos derivados de las interferencias que pueden provenir en otros modelos de los poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial. Dichos órganos deben de observar ciertas características para asegurar la independencia del poder Judicial, según la CIDH son tres.

La primera de ellas, reside en la manera en que los Consejos Judiciales deben ejercer sus funciones y sus obligaciones internacionales. La Comisión Interamericana ha observado que es conveniente que estos órganos actúen de forma independiente y estén a cargo de la administración y gestión de los recursos económicos, así como de la selección, nombramiento y destitución de jueces y magistrados. La Comisión considera que la independencia institucional de este órgano favorece que la salvaguarda de las garantías procesales mínimas y de inconformidad. Estas atribuciones, así como su alcance, deben ser determinadas de manera previa en ley.⁵⁵⁴

La segunda característica habita en la manera en que se componen dichos órganos, la CIDH considera que es favorable que exista una pluralidad entre los miembros que componen los Consejos Judiciales, de manera que aseguren una presencia equilibrada de legisladores, abogados, académicos y otros interesados. La pluralidad de este organismo favorece que las y los operadores de justicia de las más altas jerarquías sean seleccionados por diferentes sectores de la sociedad y cuenten con la legitimidad necesaria para desempeñar de manera adecuada sus atribuciones. La Comisión resalta que la mayoría de los miembros que compongan los Consejos Judiciales deben provenir del poder Judicial, esto con miras a evitar interferencias externas de carácter político o de otra índole y garantizar su independencia.⁵⁵⁵

Por último, está la selección y el nombramiento de los miembros de los Consejos Judiciales, ya que, si el órgano está compuesto principalmente por representantes políticos, siempre existirá el riesgo de que pueda convertirse en una entidad meramente formal o en una dependencia jurídica subordinada de manera externa. En consecuencia, para asegurar que ese

⁵⁵³ *ibidem*, párrafo. 242.

⁵⁵⁴ *ibidem*, párrafo. 243.

⁵⁵⁵ *ibidem*, párrafo. 244.

órgano sea apto para seleccionar de manera objetiva, justa e independiente, los miembros del poder Judicial, deberán tener un poder de decisión sustancial sobre la selección y el nombramiento de los que integrarán el Consejo Judicial, mediante un procedimiento justo y transparente. La Comisión notó que la Corte Europea había señalado que una de las medidas efectivas para reducir la influencia de los órganos políticos del gobierno sobre la composición de los Consejos de la Judicatura, reside en que una mayoría de los miembros que busque formar parte de un consejo de la judicial provengan del Poder Judicial y sean elegidos por los propios jueces.⁵⁵⁶

Aunado a ello, el sistema universal no se ha quedado atrás, por medio de sus relatorías ha puesto en marcha la tarea de establecer ejes rectores que sirvan como fundamento para el funcionamiento de los Consejos Judiciales, tomando parámetros distintos con el fin de buscar la mejor manera de establecer observaciones de carácter internacional. Es por ello que el informe del relator especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, A/HC/38/38,⁵⁵⁷ anteriormente citado, buscó definir un criterio aplicable a todo caso, dicho documento contiene los objetivos primordiales para el desarrollo institucional de la independencia judicial. A partir de 4 directrices que son de especial interés.

Primeramente, está el objetivo principal de la mayoría de los Consejos Judiciales, el cual es salvaguardar la independencia del sistema judicial y de los jueces.⁵⁵⁸ El segundo objetivo es el de promover la eficiencia y la calidad de la impartición de justicia. Este está estrechamente relacionado con el fortalecimiento de la independencia judicial, ya que, al transferir funciones administrativas a un Consejo Judicial independiente del poder Ejecutivo, se limita la injerencia externa en la administración de justicia.⁵⁵⁹ El tercer objetivo radica en la facultad que poseen los Consejos Judiciales para equilibrar una relación institucional entre la independencia y autonomía del poder Judicial, así como la rendición de cuentas que deben ser exigidas a los jueces en funciones.

El cuarto y último objetivo, fue articulado con el fin de evitar la excesiva concentración de poderes en un único órgano judicial, así como de eliminar el corporativismo judicial, por ende, los Consejos Judiciales deben de estar dividido en distintos departamentos, siendo que cada uno se encargue de cosas distintas como la selección, los ascensos y la formación de los jueces, el

⁵⁵⁶ *ibidem*, párrafo. 245.

⁵⁵⁷ Organización de Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/38/38/, *cit.*, párrafos 32- 33 y 35-37.

⁵⁵⁸ *ibidem*, párrafo. 32.

⁵⁵⁹ *ibidem*, párrafo. 33.

régimen disciplinario, la evaluación profesional y el presupuesto, sin someterlos al control centralizado.⁵⁶⁰

Aunque los Consejos Judiciales no sean autoridades judiciales, propiamente dichas, ni ejerzan funciones judiciales ordinarias, su facultad de vigilancia de la autonomía y la independencia judicial les hace requerir de recursos humanos y financieros suficientes. Por lo tanto, es razonable de que los gobiernos los doten de inmuebles y establecimientos para desempeñar su función, así como el personal suficiente y calificado que desempeñen de manera correcta la administración.⁵⁶¹

Lo anterior puede ser resumido de manera breve y concisa en dos características diferenciadas, las cuales son las siguientes: 1) La naturaleza del Consejo Judicial, 2) La obligación en la construcción de un Consejo Judicial. Estos puntos se convirtieron en la base de la consolidación institucional para restringir las acciones indebidas de jueces y magistrados, así como asegurar que los jueces marcharan con independencia, libres de cualquier presión extraña, dentro o fuera del poder Judicial.

1) Respecto de la naturaleza: Entendemos por naturaleza aquellas características fundamentales que nos permiten saber si estamos frente a un determinado objeto, en este caso las que hacen a un Consejo Judicial lo que es, encontrando gran variedad de estas peculiaridades dentro de los parámetros internacionales y regionales, los cuales fueron presentados con anterioridad, pero se presentan de manera sintética en los siguientes párrafos:

- A) Es un órgano caracterizado por buscar la promoción, eficiencia y calidad del ejercicio judicial.
- B) Es un órgano caracterizado por establecer cierto tipo de confianza a la ciudadanía, respecto de la tarea judicial.
- C) Es un órgano de esencialmente disciplinario que impone medidas sancionatorias y de corrección.
- D) Siempre debe de estar contenido en una Constitución escrita o en una ley, para que sea clara y objetiva la función del Consejo Judicial.
- E) Tiene la potestad de ejercer un gobierno autónomo respecto de los jueces.

⁵⁶⁰ *ibidem*, párrafo. 36.

⁵⁶¹ *ibidem*, párrafo. 37.

F) Naturalmente los Consejos Judiciales se caracterizan por buscar la erradicación de los prejuicios ideológicos y políticos que encarna la labor judicial.

2) Las observaciones para la construcción de un organismo autónomo suelen ser de gran relevancia. Debido a que cualquier institución que tenga por objetivo establecer un órgano regulador del poder debe de estar limpio de influencias externas e internas, por ende, este tipo de características deben ser visibles en este tipo de instituciones, de lo anterior se destacan las siguientes características:

- A) Garantizar la autonomía en la selección de los miembros del consejo.
- B) Las facultades atribuibles a los consejos son: selección, nombramientos y aplicación de medidas disciplinarias, tanto a jueces, defensores y fiscales.
- C) Buscar que la composición de los miembros del consejo sea plural, esto quiere decir que los consejeros sean académicos, abogados especialistas, legisladores y no solamente jueces.
- D) Buscar erradicar la intervención de actores políticos que busquen apoderarse del órgano autónomo.
- E) Dotar al órgano con suficientes recursos humanos y económicos que permita el desarrollo de su facultades y atribuciones.

Una vez aclarada la situación en la que se deben encontrar los Consejos Judiciales a nivel internacional y regional. El estudio debe de enfocarse en la relación que guardan los presidentes de los tribunales constitucionales hacia los Consejos Judiciales. Ahora la pregunta a responder radica en sí ¿debe de existir una intervención interna en el Consejo Judicial por parte de un tribunal constitucional?, a tal pregunta se buscará dar respuesta en las siguientes páginas.

3.3.2 Respecto de la relación Consejos Judiciales-Tribunales constitucionales.

La relación entre los Consejos Judiciales y los tribunales constitucionales siempre ha sido un gran problema, puede darse una rivalidad entre estos actores constitucionales que llegue a niveles críticos, a tal punto que pueda causar una profunda crisis al autogobierno judicial. Por lo tanto, cabe el esclarecer cuál debe ser la situación entre estas dos instituciones. En gran parte de Latinoamérica, los Consejos Judiciales no son plenamente autónomos, ya que tales instituciones dependen de los tribunales constitucionales, este es el caso de la Judicial and Legal Service Commission de Barbados; el Consejo Superior del Poder Judicial de Costa Rica; el Consejo Superior del Poder Judicial de Haití; el Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial de

Honduras; el Consejo de la Judicatura Federal de México; y la Judicial and Legal Service Commission de Trinidad y Tobago.⁵⁶² Latinoamérica piensa que la mejor manera de mantener el control sobre el poder Judicial es limitando a los organismos autónomos, estableciendo a los presidentes de las Cortes constitucionales como dirigentes de los Consejos Judiciales.

Para los profesores Garoupa y Ginsburg, ha sido de gran interés esta relación entre instituciones judiciales latinoamericanas, mencionando que los Consejos Judiciales y los tribunales constitucionales, deben ser separados de manera progresiva y periódica, con el fin de alcanzar una verdadera independencia judicial.⁵⁶³ Sin embargo, se ha de aclarar que en algunos países los Consejos Judiciales solo gestionan a los tribunales inferiores y en otros a toda la judicatura, aunado a que algunos tienen status constitucional y otros no.

La separación entre estas dos instituciones es un elemento primordial para el funcionamiento autónomo de los Consejos Judiciales. Los profesores Garoupa y Ginsburg también ponen de ejemplo la relación Corte-Consejo en el mundo del *Common Law*, sobre todo en el caso de Singapur, donde los Consejos Judiciales eligen a los jueces de manera discrecional. Esta podría ser una idea innovadora, lamentablemente no ha evitado la selección de jueces a modo. En el país antes referido existe una Comisión de Servicios Jurídicos que supervisa y asigna funcionarios judiciales a los tribunales subordinados; sin embargo, el Ejecutivo realiza estos los nombramientos de jueces y miembros del consejo por medio de la propuesta del presidente del Tribunal Supremo. Lo que termina en una decisión política alejada de un criterio idóneo para la selección de los mejores perfiles en función del cargo.⁵⁶⁴

El Consejo Consultivo de Jueces Europeos por su parte, ha advertido que los organismos encargados de evaluar, nombrar, seleccionar e imponer medidas disciplinarias deben de estar libres de todo presión externa e interna, como lo mencionaron en su informe N°17 del año 2014, titulado “*Relativo a la evaluación del trabajo de los jueces, la calidad de la justicia y el respeto de la independencia judicial*”.⁵⁶⁵ Este hace referencia a que cualquier evaluación individual de los

⁵⁶² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas. *cit.*, p. 104.

⁵⁶³ Garoupa, Nano y Ginsburg, Tom, *op. cit.*, p. 10

⁵⁶⁴ *ibidem*, p. 12

⁵⁶⁵ Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) a la atención del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el Consejo de la Justicia al servicio de la sociedad, Informe N.º17(2014) del 24 de octubre de 2014, Punto 6. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Relaciones-internacionales/Relaciones-internacionales-institucionales/Europa/Consejo-Consultivo-de-Jueces-Europeos/>

jueces debe mostrar respeto total por la independencia judicial, ya que dicha apreciación tiene consecuencias para la condición laboral, el salario o la pensión de un juez o puede incluso llevar a su cese, tales presiones pueden provocar que el juez resuelva los casos de acuerdo con el agrado de sus evaluadores. Por lo tanto, cualquier evaluación hecha a algún funcionario judicial por parte de los poderes Legislativo o Ejecutivo del Estado debe ser evitada. Sin embargo, el riesgo para la independencia judicial no se evita por completo, ni tan siquiera si la evaluación la realizan otros jueces. “*La independencia judicial depende no solo de la ausencia de influencia indebida por parte de fuentes externas, sino que también requiere la ausencia de una influencia interna indebida, que, en algunas situaciones, podría proceder de la actitud de otros jueces.*”⁵⁶⁶

De la misma manera, la Comisión Interamericana ha hablado al respecto, mencionando que es un grave error que el presidente de los tribunales supremos o constitucionales, ocupen algún cargo en los Consejos Judiciales y recomienda que el Presidente de algún Consejo Judicial no coincida con el Presidente de la Corte Suprema o bien, ser el Fiscal o el Defensor General. Esto con el objetivo de evitar la concentración de las funciones asignadas a las y los operadores de justicia con las funciones de gobierno y disciplinarias, pudiendo afectar la independencia y el ejercicio independiente y autónomo de su ejercicio laboral.⁵⁶⁷

La ONU, por su parte, muestra su preocupación en el tema y excluye toda posibilidad de que un presidente del algún tribunal supremo pueda ejercer la presidencia de un Consejo Judicial. El primer asunto donde identifica esta grave intromisión de una Corte constitucional en el trabajo de un Consejo Judicial, es en el caso mexicano, donde el Presidente de la Suprema Corte de Justicia es también presidente del Consejo de la Judicatura Federal, tales observaciones se presentaron en el informe de relatoría espacial para la independencia de magistrados y abogados, A/HRC/17/30/Add.3, Misión México.⁵⁶⁸

Dicha relatoría expresa esta problemática, ya que la combinación de estas dos instituciones podría afectar la independencia del Consejo frente a la Corte. Por lo tanto, sería oportuno que la presidencia del Consejo recayera en una persona distinta a quien ostenta la Presidencia de la Suprema Corte.⁵⁶⁹

⁵⁶⁶ *idem*.

⁵⁶⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las américas, *cit.*, párrafo. 246.

⁵⁶⁸ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/17/30/ADD.3. *cit.*, párrafos 12 y 94 inciso i).

⁵⁶⁹ *ibidem*, párrafo 12.

El segundo problema que preocupa a la ONU es el hecho que, de acuerdo a la Constitución, las decisiones del CJF son definitivas e inatacables y, por lo tanto, no procede juicio ni recurso alguno en contra de las mismas, salvo las que se refieran a la designación, adscripción, ratificación y remoción de magistradas, magistrados, juezas y jueces, las cuales pueden ser revisadas por la SCJN. La Relatora Especial consideró que todas las decisiones disciplinarias y administrativas que tengan un impacto sobre el estatus de las juezas, jueces, magistradas y magistrados, deberían tener la posibilidad de ser revisadas por otro órgano judicial independiente. Esta recomendación es válida para los Consejos Judiciales estatales y los tribunales electorales.

Aunado a lo anterior, la relatoría A/HRC/38/38, mencionó que la Presidencia de los Consejos Judiciales debería ser ejercida por una persona imparcial que no tenga afiliación política, con ello se garantizaría la despolitización de la administración del poder Judicial.⁵⁷⁰ Por lo tanto, el Presidente del Consejo Judicial debería ser elegido por el propio Consejo Judicial solamente por los miembros procedentes de la carrera judicial. Asimismo, no debería recaer la Presidencia de un Consejo Judicial en la Presidencia de una alta Corte.

En resumen, los Consejos Judiciales y las Cortes supremas, deben de estar totalmente separadas para que no haya una interferencia. Sin la existencia de esta separación, se podría correr el peligro de una violación a la autonomía interna del poder Judicial. El objetivo principal debe ser garantizar la independencia judicial desde su dimensión interna, eliminando cualquier influencia indebida de los tribunales constitucionales hacia el Consejo Judicial y estos a su vez, a los tribunales ordinarios.

3.3.3 Respecto de la relación Consejos Judiciales - jueces ordinarios

Los Consejos Judiciales juegan un papel muy importante, al ser un árbitro entre los jueces ordinarios y ser los controladores naturales de los tribunales constitucionales. Dicho Consejo tiene la tarea de imponer límites por medio de la designación de los jueces ordinarios, para que estos no tengan que obedecer órdenes indebidas e irrazonables de los tribunales constitucionales o superiores. Como menciona Sebastián Linares, " *No conviene que los jueces inferiores sean*

⁵⁷⁰ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/38/38/, *cit.*, párrafo 112.

*juzgados disciplinariamente por sus superiores. El juez superior debe resolver en el marco de su competencia material y temporal.”*⁵⁷¹

Es de gran importancia asegurar la independencia judicial de los tribunales inferiores, ya que muchas veces los grandes casos no suelen ser resueltos por las Cortes constitucionales, sino por los tribunales pequeños y estos al dictar sentencia podría dañar los intereses personales de los integrantes de una judicatura superior.

Al respecto, se puede argumentar que, en los sistemas anglosajones se ha hecho un gran esfuerzo porque los jueces inferiores puedan defender su independencia por medio del “*stare decisis*”. En Latinoamérica es muy distinto, el juez al no tener defensa por medio de sus decisiones, ya que la mayoría de los países de la región no cuenta con un sistema de precedentes fuerte, se ve implicado a tomar partido en las influencias internas y externas, dejando a su paso muchos huecos respecto de la libertad que tienen los tribunales pequeños frente a los grandes tribunales nacionales. Para Luz Estella Nagle, la región latinoamericana, sufre un gran mal y es muy difícil concebir figuras como la independencia judicial, debido a que no existe un control sobre los funcionarios judiciales inferiores a los jueces, que, por lo general, son los que suelen sabotear procesos judiciales. Esto se debe al legado de subordinación “patrón cliente”, el cual permite pactar acuerdos políticos para la asignación de un nombramiento o cargos, de esta manera se forma una especie de élite, donde solo entran los conocidos y los amigos, con independencia de lo que se conozca o la trayectoria por la que haya pasado un candidato externo a estos grupos.⁵⁷²

Esto termina por cobrar factura, la necesidad de acceder a un cargo o mantenerlo, hace que los operadores judiciales interpreten a modo de quien los puso en el cargo o en el peor de los casos, obliguen a destituir a los jueces ordinarios que presentan un obstáculo para los intereses de grupos externos al poder Judicial. Se agrava la situación cuando una Corte constitucional está facultada para realizar las mismas actividades que un Consejo Judicial, de esta manera se desmantela la independencia judicial interna. Para Nagle, lo anterior es de especial preocupación, debido a la forma jerárquica con la que los estratos superiores se dirigen a los jueces inferiores, resulta en una imposible materialización de la independencia judicial, un buen indicador para

⁵⁷¹ Linares, Sebastián, “La independencia judicial: conceptualización y medición” en German Burgos Silva (comp.), *Independencia Judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Colombia, Ediciones Antropos, 2003, p. 123.

⁵⁷² Nagle, Luz Estella, “La cenicienta del gobierno: reforma a la justicia en América Latina” en German Burgos Silva (comp.), *Independencia Judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Colombia, Ediciones Antropos, 2003, p. 241.

demostrar lo anterior, se encuentra en el número de cambios legales o remociones de cargos judiciales provocados por la intromisión de las altas Cortes.⁵⁷³

Por lo tanto, la existencia de un Consejo Judicial es necesaria para evitar que la jerarquía judicial pueda imponerse, asegurando con ello la independencia judicial dentro del propio poder Judicial. La independencia judicial solo puede ser garantizada siempre y cuando existan las condiciones institucionales mínimas, divididas en tres apartados. La primera condición reside en las garantías personales del juez, que avalan su trabajo independiente, tales condiciones son: selección y nombramiento, inamovilidad del cargo, permanencia y salario.

La segunda condición es la institucional, que busca garantizar la función institucional, aquí podremos encontrar: el gobierno judicial, la autonomía financiera y la autonomía administrativa. La tercera y última condición, reside en los procesos disciplinarios que ejercen los Consejos Judiciales, respecto de la mala función judicial. Estas condiciones serán explicadas en el siguiente capítulo de esta investigación.

⁵⁷³ *ibidem*, p. 268.

Capítulo 4 Las Condiciones para la independencia judicial

4.1 Condiciones para los operadores judiciales.

La independencia judicial tiene ciertos objetivos esenciales, el primero de ellos es permitir la aplicación de la norma y con ello garantizar el Estado legal de derecho. El segundo objetivo, es el de permitir al juez la revisión de los actos del poder Ejecutivo y Legislativo, para ello utilizará técnicas interpretativas y argumentativas que frenen la arbitrariedad, tal actividad argumentativa tiene como elemento base la Constitución, siendo que su aplicación es paso elemental para la construcción del Estado constitucional de derecho. El tercer objetivo de la independencia judicial es asegurar una división de funciones, la cual elimine las fricciones entre los poderes estatales. Esto solo podría materializarse garantizando la independencia judicial de dimensión interna y la de dimensión externa. El cuarto objetivo reside en crear la fuerza institucional suficiente para defender los derechos humanos por vía judicial. El quinto y último objetivo reside en la intervención de la función judicial respecto de la economía, ya que, al eliminar la discrecionalidad administrativa de la burocracia, exponiendo los actos de las Secretarías de Estado para su revisión, puede dotar de certeza y confianza al sector privado para las inversiones dentro del país.

Para realizar estas metas, las instituciones deben de contar con ciertas condiciones necesarias que aseguren su ejecución plena. Para Germán Burgos Silva, estas condiciones también pueden denominarse como causas que hacen posible la independencia judicial, contribuyendo a establecer diversos factores que pueden contribuir a su efectiva generación.⁵⁷⁴

Como se había mencionado en páginas anteriores, la independencia judicial puede ser vista desde la parte personal del juez o desde la parte institucional. Partiendo de esta división se ha identificado dos tipos de condiciones que aseguran la independencia judicial y empatan con las dimensiones interna y externa. La primera condición para asegurar la independencia judicial, es la condición personal del juzgador que puede ser vista como una protección individualizada en el ejercicio del cargo, dependiendo de la situación de hecho. Esta debe ser resguardada por los Consejos Judiciales, comprendiendo distintas temáticas respecto del cargo, tales como la garantía constitucional y legal de periodos fijos de ejercicio, salarios estables y dignos, una carrera judicial que establezca el sistema de ingreso y ascenso con límites claros sobre la posibilidad de trasladar o cerrar juzgados. La existencia de un régimen de incompatibilidades e inhabilidades, y un marco

⁵⁷⁴Burgos Silva, Germán, (comp.) “¿Qué se entiende por independencia judicial?, algunos elementos conceptuales”, en *Independencia Judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Colombia, Ediciones Antropos, 2003, pp. 15-16.

legal claro en materia disciplinaria y de evaluación que eviten al máximo el ejercicio discrecional y arbitrario del control por los superiores.⁵⁷⁵

De lo anterior se concluye que la independencia personal defiende la actuación de los jueces frente a otros poderes y frente a otros jueces, como menciona Alejandro Nieto, quien ha colocado la etiqueta de funcional como sinónimo de personal, “*la independencia funcional protege a los jueces en cuanto sus actuaciones, sean titulares de un órgano individual o miembros de órganos colegiados*”.⁵⁷⁶ Como se mencionó con anterioridad, la independencia personal o funcional, puede ser vista a partir de las dos dimensiones, anteriormente mencionadas, estas son la interna y la externa.

Si se logra cimentar tal independencia por medio de estas condiciones mínimas, se podría enderezar toda la estructura del poder Judicial y hacer de la argumentación constitucional algo viable, asimismo, se abriría la posibilidad de materializar la Constitución a todo el ordenamiento jurídico. Además, se aseguraría la objetividad de la decisión al eliminar o limitar, la mayor parte de la influencia que los organismos exteriores o interiores al poder Judicial ejercen.

Un sistema judicial sin independencia personal, pone en peligro el derecho fundamental de cualquier ciudadano, al momento de defenderse de algún acto estatal o privado, el cual sea arbitrario y afecte algún derecho humano de cualquier persona. De ahí la importancia de garantizar la independencia judicial, no solo para la construcción de un Estado constitucional de derecho, sino además como requisito mínimo para el acceso a la justicia.

La segunda independencia es la institucional, como ya se ha mencionado en páginas anteriores, tal independencia se representa en el autogobierno del poder Judicial, la autonomía financiera y la autonomía administrativa, las cuales son condiciones que permiten el funcionamiento de cualquier poder u órgano perteneciente al Estado, como puede serlo el Consejo Judicial. Para Burgos, esta independencia se asocia con el reconocimiento y respeto del presupuesto judicial tanto por el poder Legislativo, como por el Ejecutivo, el cual debe ser gestionado directamente por la rama o por una instancia no perteneciente al Ejecutivo, como sería el caso del Consejo de la Judicial. Asimismo, este tipo de independencia está relacionada con la posibilidad de tener competencias no intervenidas por el Ejecutivo en materia de administración judicial, tales como las referidas a la organización de la rama, la creación, cierre y distribución de

⁵⁷⁵ *ibidem*, p. 16.

⁵⁷⁶ Nieto Alejandro, *El desgobierno Judicial*, cit., p.139.

los juzgados, el establecimiento de las líneas básicas de la política judicial y la posibilidad de reglamentar y administrar diversos aspectos de la carrera judicial.⁵⁷⁷

Por lo tanto, la independencia judicial institucional tiene entre sus posturas una dimensión externa respecto de los demás poderes estatales, al momento de la designación del presupuesto que pueda asegurar la independencia de la institución, así como una institución reconocida para llevar a cabo tal tarea, como lo son los Consejos Judiciales, los cuales limitan y extraen algunas facultades del Ejecutivo para desempeñar un autogobierno judicial. Respecto de la dimensión interna, se han de mencionar dos características, la primera, reside en la separación de los tribunales supremos y los Consejos Judiciales, y la segunda responde a las facultades que ejerce un gobierno judicial, como, por ejemplo, la participación de estos órganos en asuntos disciplinarios, medidas administrativas en cuanto al presupuesto del poder Judicial, la toma de decisiones respecto de la estructura del judicial, la creación de nuevos puestos dentro de los tribunales, etc.

Como ya se ha mencionado anteriormente, deben de existir condiciones necesarias para garantizar la independencia judicial, desde la perspectiva de los operadores judiciales recae una problemática personal muy importante y que podemos resumir en una pregunta, ¿Cómo garantizar la independencia judicial a la hora en que el juez estudia el caso, interpreta la norma y dicta la sentencia?, las respuestas son variadas, las cuales serán expuestas en las siguientes páginas de esta investigación.

4.1.1 Tipos de Selección y nombramiento

La selección y el nombramiento de un juez, es una condición predilecta de la independencia judicial. Esta acción determinará la calidad de las sentencias esperadas, es por ello que tal proceso se debe analizar desde tres perspectivas.

- 1) Instituciones que aseguren la imparcialidad en los procesos de selección.
- 2) Los tipos de procesos de selección y nombramiento de los jueces.
- 3) El perfil del juez constitucional.

Respecto de primer inciso, se debe mencionar que la Fundación para el Debido Proceso (*DPLF* por sus siglas en inglés) ha identificado que el problema en la selección y nombramiento de los jueces, se debe a la ausencia de instituciones que puedan asegurar la imparcialidad en el

⁵⁷⁷ Burgos Silva Germán, *op. cit.*, p. 16.

nombramiento de los jueces. Respecto del primero punto la *DPLF* identifica los siguientes problemas:⁵⁷⁸

1. La falta de un órgano autónomo e independiente a cargo del proceso de selección;
2. La falta de un procedimiento de selección claro, previamente establecido, en el que se defina cómo se evaluarán los candidatos;
3. La falta de requisitos objetivos para la evaluación de los candidatos; y
4. La falta de transparencia en el proceso de selección y, generalmente, la falta de participación significativa de la sociedad civil.

Respecto del primer y segundo punto, los Consejos Judiciales deben resguardar la institucionalidad de la designación, estableciendo criterios racionales para el ingreso al poder Judicial, como lo pueden ser los exámenes, lo cual a su vez es un requisito objetivo de selección. La ONU ha mencionado el papel de los Consejos Judiciales en la tarea de nombramiento y selección en el informe A/HRC/38/38,⁵⁷⁹ donde señaló que estos órganos tienen la tarea de asegurar el nombramiento de los jueces en plena imparcialidad, donde solo los mejores perfiles puedan ser jueces. Estas decisiones deben ser independientes de los poderes Legislativo y Ejecutivo. En resumen, un Consejo Judicial autónomo y libre de injerencias externas e internas, puede solucionar el problema de la politización en la selección y nombramiento de jueces y magistrados.

Respecto del tercer punto señalado por la *DPLF*, los Consejos Judiciales deben asegurar que se apliquen criterios objetivos, los cuales tengan por base a la racionalidad como punto de decisión. Asimismo, deben de estar establecidos en una ley con anterioridad a la selección del candidato, llama la atención que algunos requisitos objetivos se han establecidos en distintas Constituciones del mundo, un caso ejemplar es Bolivia, ya que en su texto constitucional prevé en su artículo 199 que para ser electo magistrado del Tribunal Constitucional boliviano, se requiere tener 8 años de experiencia en materia constitucional, administrativa o en derechos humanos, además de contar con distintos méritos laborales o académicos, poseídos con

⁵⁷⁸Kirkland and Ellis, Law firm, *El desafío de seleccionar a los mejores, la selección de altas autoridades judiciales en Estados Unidos, Europa y Asia*, Due Process of Law Fundation, 2013, p. 6.

⁵⁷⁹ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/38/38/, *cit.*, párrafo. 48.

anterioridad a su posible nombramiento.⁵⁸⁰ Los criterios de selección no deben tener la posibilidad de atentar contra la persona al momento en que esta busque ingresar al poder Judicial, por lo tanto, se tiene prohibido la discriminación por raza, sexo, religión, con excepción de las acciones afirmativas respecto de género y el origen nacional.

La ONU ya había hecho mención de las características que debían ser colocadas en los criterios de selección, nombramiento y ascenso de los funcionarios judiciales, de esta manera, las decisiones relativas a la selección, así como a la carrera judicial debían estar cimentadas en el mérito, teniendo en cuenta calificaciones, aptitudes y capacidades de los candidatos, así como su integridad, independencia e imparcialidad.⁵⁸¹ Este organismo, además, sumó a la paridad de género como criterio de selección, viéndola como una herramienta que puede garantizar la igualdad de oportunidades, así como la igualdad en el acceso a un cargo público, como se expresó en el Informe A/HRC/17/30,⁵⁸² es obligación de los Estados garantizar una representación adecuada de las mujeres y miembros de minorías en las listas de candidatos a cargos, nombramientos y ascensos en todos los niveles del sistema judicial.

Respecto del último punto que señala la DPLF, se ha de mencionar que no se le ha dado suficiente auge, sobre todo en la participación de las ONG's, siendo que la sociedad civil junto con la academia, son parte fundamental en la transparencia y selección de ministros y jueces de las altas Cortes. Algunos Estados latinoamericanos se han tomado con seriedad este problema, encargando a la Sociedad civil organizada y a las Universidades de prestigio, proponer candidatos para la posible terna que será posteriormente votada. Retomando de nuevo el caso boliviano, su Constitución en el artículo 199, párrafo II, menciona lo siguiente, "*Las candidatas y los candidatos al Tribunal Constitucional Plurinacional podrán ser propuestas y propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.*"⁵⁸³ Este es uno de los ejemplos más enigmáticos, donde los jueces son propuestos

⁵⁸⁰ Constitución Política del Estado, Bolivia, art. 199. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf

⁵⁸¹ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/38/38/, *cit.*, párrafo 49

⁵⁸² Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/17/30/, 17. ° período de sesiones Tema 3 de la agenda promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sra. Gabriela Knaul, 29 de abril de 2011, párrafo. 91 inciso, E).

⁵⁸³ Constitución Política del Estado, Bolivia, *op. cit.*, art.199.

por la sociedad, de esta manera se buscan candidatos que tengan como prioridad la defensa de los derechos humanos.

Por su parte, la *DPLF* ha mostrado una gran preocupación respecto de la nula participación de la organización civil en el proceso de selección de un juez constitucional, el caso que nos presentan, es el caso mexicano que, al contrario del boliviano, es cerrado a la participación de la sociedad civil. La *DPLF* documentó el proceso de selección de ministro en el año 2018, según esta fundación, “*dicho proceso fue apresurado, sin deliberación sustantiva en las comparecencias de las candidatas y el candidato, y cerrado a la participación de la sociedad civil.*”⁵⁸⁴ Mencionando además que este tipo de procesos se aleja de los estándares internacionales mínimos en pos de la consolidación de la independencia judicial, por ende, los criterios mexicanos de selección, limita la posibilidad de tomar la mejor decisión en la tarea de designar a la persona más apta para el cargo, así mismo, la premura en la toma de decisión es un punto de inflexión para la sociedad civil, ya que impide su participación.

Por esta razón, no puede haber un fortalecimiento respecto de la legitimidad de la propia Corte en su tarea de defender la democracia constitucional y los derechos fundamentales, muchas veces contrarios a las decisiones de las mayorías políticas eventuales.

De la misma manera, la Comisión interamericana se ha pronunciado respecto de la participación de la sociedad civil, siendo este punto de gran relevancia, reiterando que lo más importante para cualquier procedimiento de nombramiento y selección es que, los Estados aseguren que éstos no sean realizados o puedan ser percibidos por la ciudadanía como decididos con base en razones de carácter político, afectando la convicción de los justiciables en su actuar independiente.⁵⁸⁵ Para lograr lo anterior, resulta indispensable que se cumplan algunas prerrogativas, tales como, la difusión previa de las convocatorias, plazos y procedimientos; la garantía de acceso igualitario e incluyente de las y los candidatos; la participación de la sociedad civil y la calificación con base en el mérito y capacidades profesionales, todos ellos ya explicados en este informe.

⁵⁸⁴ Botero, Catarina. et.al., *Informe final del panel internacional de expertos para la selección de ministras/o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, *DPLF*, 2018, p. 3.

⁵⁸⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas*, *cit.*, párrafo 106.

Es entonces que la participación de la sociedad civil, se convierte en un pilar fundamental en la designación de jueces y magistrados, debido a que estas tienen el interés de defender los derechos humanos, así, buscan elegir jueces capaces para tal tarea, sumado a lo anterior, dichas organizaciones funcionan como un órgano de control y de responsabilidad en la designación de funcionarios judiciales.

Resultaría de gran utilidad tomar los puntos vertidos en las páginas anteriores, ya que estos demarcan directrices que constituyen la naturaleza de los procesos de selección y nombramiento, en pocas palabras, se ha mencionado lo deseable, lo que cada proceso debería contemplar con independencia de los tipos de proceso y nombramiento de los jueces en el globo.

En el mundo existen distintos tipos de procesos para el nombramiento y selección de los jueces y magistrados, por lo general se han dividido en tres modelos, estos son: modelos de actos compuestos, modelos de designación directa y los modelos mixtos.⁵⁸⁶ Cabe mencionar que esta distinción está formulada desde el acto selectivo, lo cual conlleva también los actos de instrucción y cooperación para la designación del juez que ocupará un lugar en una Corte Suprema.

A) Modelo de acto compuesto

Respecto del primer modelo llamado de acto compuesto, César Astudillo y Estrada Marún vislumbran una participación plural para la designación de los jueces constitucionales, donde varios detentadores del poder deben de establecer un consenso, al respecto mencionan que, *“cada órgano asiste con una capacidad de participación de tipo “sustantivo” a la creación del acto de designación, por tanto en este supuesto no quedarían comprendidos otro tipo de concurrencias orgánicas que comportan la mera formalización del acto.”*⁵⁸⁷ Es de gran interés que tales participantes no solo procedan del Estado, sino que puedan participar órganos externos al poder público. Dentro del modelo de acto compuesto, existen 6 tipos de fórmulas, siendo caracterizadas por quien propone y quien nombra:

Cuadro 1. Clasificación del modelo de designación de acto compuesto⁵⁸⁸

Propone	Designa, concurre, consiente	Variedades
---------	------------------------------	------------

⁵⁸⁶ Astudillo, César y Estrada Marún, José Antonio, *Nombramiento de ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el contexto de los modelos de designación en el derecho comparado*, México, Editorial Porrúa, 2019, p. 6.

⁵⁸⁷ *op. cit.*, p. 8

⁵⁸⁸ *ibidem*, pp. 10-11

Ejecutivo	Legislativo	a) Pdte. de la Rep. propone a la Cámara alta: EE. UU., México, Argentina, Brasil, Chequia, Rusia. b) Pdte. de la Rep. propone a la Cámara baja: Eslovenia. c) Pdte. de la Rep. propone a la Asamblea unicameral: Albania, Montenegro, Panamá.
Judicial	Legislativo	- Pdte. de TS, con opinión del Pleno del TS y del Consejo de Administración de los Tribunales, propone a la Asamblea unicameral: Estonia
Corporación	Legislativo	- Consejo Nacional de la Judicatura propone a la Asamblea unicameral (Asamblea Legislativa): El Salvador. - Junta Nominadora propone a la Asamblea unicameral (Congreso Nacional): Honduras
Varios órganos	Legislativo	- Parlamentarios; Pdte. de la Rep., en consulta con asociaciones, proponen a la Asamblea Nacional: Nicaragua. - Consejo de Estado, Presidente de la República y Corte Suprema, proponen al Senado: Colombia. - Grupos mínimos de 10 parlamentarios, Consejo de Ministros, Suprema Corte, proponen al Parlamento: Letonia.
Legislativo	Ejecutivo	- Consejo Nacional (Asamblea unicameral) propone al Pdte. de la Rep.: Eslovaquia.
Otros órganos	Otros Modelos	- Preselección parlamentaria y se designa por voto popular: Bolivia

Por su parte, los organismos internacionales como la ONU, se han pronunciado al respecto de este tema, como por ejemplo en el Informe A/HRC/11/41.⁵⁸⁹ En el cual se mencionó que, si bien, existen una gran diversidad de sistemas judiciales en todo el mundo para la selección y el nombramiento de los jueces, no todas cuentan con los estándares mínimos internacionales en relación de la independencia judicial. Debido a que muchos de estos procesos se encuentran politizados.

Además, la ONU ha advertido que la cooptación de los jueces por parte de poderes externos, es un constante peligro que deriva de las disposiciones constitucionales y legales que facultan al cuerpo Legislativo para seleccionar jueces y magistrados, sin límite alguno.

El Relator Especial, ha identificado que esta práctica se da respecto de dos diferentes tipos de jueces.⁵⁹⁰ Por una parte, está la selección de los jueces inferiores, en donde es difícil determinar los beneficios de este procedimiento, ya que, por lo general, este tipo de jueces no conocerán de asuntos de gran relevancia, con ciertas excepciones, es por ello innecesario que el poder Legislativo o Ejecutivo seleccione a este tipo de jueces.

El segundo tipo de casos, radica en la selección de jueces superiores, respecto de esto, la ONU menciona que, con frecuencia, la selección política de los candidatos se justifica en que los tribunales supremos tienen que tomar en consideración cuestiones de interés o bienestar general. Sin embargo, se termina por advertir que en ningún caso los nombramientos políticos son una vía adecuada para lograr una independencia judicial y mucho menos durante la transición de un sistema autoritario a uno democrático. Debido a que después de un régimen autoritario, es crucial que la población adquiera confianza en un sistema judicial que administre justicia de manera independiente e imparcial exento de consideraciones políticas que pudieran haber permanecido del régimen anterior.

Por lo tanto, el argumento de la limitación de poderes debe prevalecer y materializarse, tal concepción debe restringir la participación del poder Legislativo respecto de la elección de los miembros del poder Judicial, además el Estado debe encargarse de cimentar algún tipo de confianza en la población. No muy alejado se encuentra el caso del poder Ejecutivo, que al igual que el poder Legislativo, debe estar limitada su participación en los nombramientos de jueces y magistrados. Al respecto, la ONU menciona que, en muchos países, el poder Ejecutivo tiene la

⁵⁸⁹ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/11/41/, *cit.*, párrafo 24.

⁵⁹⁰ *ibidem*, párrafo 25.

última palabra en la selección y el nombramiento de los jueces, por ello, resulta preocupante, que, a partir de este supuesto, ciertos jueces encubran las actividades de la fuerza pública a cargo del Ejecutivo, sobre todo en materia de tortura y violación de derechos humanos, ante tal riesgo, es recomendable eliminar las injerencias no objetivas del poder Ejecutivo.⁵⁹¹

B) Modelo designación directa

Este segundo modelo se diferencia del anterior, en que el detentador de la decisión política respecto del nombramiento y selección es único.⁵⁹² En este modelo no hay consenso entre los distintos actores constitucionales que deben de estar presentes en un modelo de acto compuesto, sin embargo, existe una sub-clasificación de la designación directa que se aparta de un único órgano decisor. Esto sucede cuando la decisión es repartida entre los actores constitucionales, formando órganos colegiados que se reparten un cierto número de jueces. Un claro ejemplo de esto, se encuentra en la Constitución colombiana en su artículo transitorio 22, el cual reconoce a ciertos órganos colegiados en conjunto para seleccionar de manera directa y sin debate a sus funcionarios judiciales.⁵⁹³

Los profesores Astudillo y Marín han clasificado todos los tipos de modelo de designación directa, incluyendo a los Consejos Judiciales y tribunales constitucionales en el proceso, como se muestra en el siguiente cuadro:⁵⁹⁴

Cuadro 2. Modelos de designación directa y sus modalidades.

Designa	Modalidades
Parlamento	- Cada una de las Cámaras designa una cantidad de magistrados: Alemania, Bélgica. - La Asamblea General (dos Cámaras reunidas) designa a todos los magistrados: Uruguay. - De las dos Cámaras, sólo participa una en la designación de todos los magistrados: Polonia (la Cámara baja). - Parlamento unicameral designa a todos (si bien una Comisión puede preparar el procedimiento): Hungría, Croacia,

⁵⁹¹ *ibidem*, párrafo 26.

⁵⁹² Astudillo, César y Estrada Marín, José Antonio, *op. cit.*, p.12.

⁵⁹³ Constitución colombiana, Artículo transitorio 22, Disponible en:

<https://www.Corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

⁵⁹⁴ Astudillo, César y Estrada Marín, José Antonio, *op. cit.*, p. 14.

	Perú, Costa Rica. - La sustantividad del acto reside en la Asamblea, aunque formalmente se diga que elige el Pdte. de la Rep., de entre las propuestas de ésta: Kosovo
Parlamento y TC	- La Asamblea de la República designa a diez magistrados; luego éste colegio designa a los tres restantes: Portugal.
Corporación	- Los magistrados son designados por el Consejo Nacional de la Magistratura: República Dominicana. - Los magistrados son designados por la “Comisión Calificadora”: Ecuador.
Varios órganos	- Inspirados en la designación por parte de los tres clásicos poderes: Italia, España, Georgia, Bulgaria, Ucrania, Moldavia. - No inspirados en la tripartición del poder (designa el Ejecutivo y el Legislativo): Austria, Rumania, Armenia, Bielorrusia, Andorra. - Caso Guatemala: además de los tres poderes, participan corporaciones profesionales y universitarias.

Por su parte, la ONU también ha expedido algunas recomendaciones respecto de este modelo único, subdividiéndolo en dos modelos, el electivo a cargo del Parlamento y el de designación directa a cargo del Ejecutivo.⁵⁹⁵

- 1) **Electivo al cargo del Parlamento:** Los sistemas electivos, son aquellos en los cuales, los jueces son elegidos por el Parlamento, sin mayor problema y sin contrapesos.
- 2) **Nombramiento directo:** En los sistemas de nombramiento directo, la designación puede correr a cargo del Presidente de la República o Jefe de Estado, el Gobierno o el propio Consejo Judicial. En la mayoría de este tipo de sistemas, el Jefe de Estado está obligado por una propuesta del Consejo Judicial, una oferta del Parlamento o una combinación de ambos. En algunos países, el Presidente de la República mantiene la facultad discrecional y puede seleccionar de manera directa.

⁵⁹⁵ Organización de Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/38/38/, *cit.*, párrafo 53.

C) Modelo mixto:

Por último, están los modelos mixtos, los cuales están compuestos por los dos tipos de modelos anteriormente descritos. Astudillo y Marún mencionan lo siguiente: “*Algunas formas de designación de los magistrados constitucionales, tienen como característica la combinación de los modelos anteriores, esto es, que una parte de los magistrados se nombran a través de designación directa y otra mediante designación de actos compuestos*”.⁵⁹⁶ De modo que puede hablarse de un sistema mixto.

Estos son los tres tipos de modelos de designación y nombramiento los cuales deben de tener características que los hagan independientes y puedan designar los mejores perfiles, si bien en líneas anteriores se habló de los elementos institucionales necesarios para los modelos, ahora toca mencionar el tipo de perfil que debe de cumplir un juez.

4.1.2 Perfil del juez

El tipo de perfil del juez es el último elemento a considerar para complementar el estudio respecto la selección y el nombramiento del juez. La CIDH ha mencionado la importancia de seleccionar a los mejores perfiles para ocupar puestos judiciales en aquellas personas que hayan mostrado gran desempeño y hayan concebido grandes méritos en su vida profesional.⁵⁹⁷ Asimismo, deben haber mostrado una conducta intachable para evitar acusaciones de corrupción, dichas características deben ser evaluadas al momento de seleccionar a un juez, garantizando una igualdad de oportunidades para todos los concursantes, con el fin de eliminar privilegios que puedan poseer estos a la hora de la designación.

La *DPLF* por su parte, ha podido ir más a fondo, identificando criterios objetivos de selección que pueden ser tomados dentro de una legislación, por ejemplo, la independencia e imparcialidad (objetiva y subjetiva); la honorabilidad y una trayectoria personal y profesional intachable; el conocimiento jurídico sólido; la buena capacidad de expresión oral y escrita y habilidad analítica; la inteligencia creativa desarrollada; entre otras.⁵⁹⁸

⁵⁹⁶ *idem*.

⁵⁹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas*, cit., párrafos. 75 y 78.

⁵⁹⁸ Kirkland and Ellis, op. cit., p. 7.

Es de gran importancia el estudio de las cualidades objetivas que pueda tener el juez constitucional, ya que este es el responsable de la defensa de la democracia constitucional, por lo tanto, juega un papel relevante para la protección de los derechos humanos. Además, es deseable que quien sea seleccionado entienda la realidad social y a partir de ella, pueda crear contextos institucionales por medio de sus sentencias, con el fin de materializar la Constitución y con ello, plantear la construcción del Estado constitucional de derecho. Por lo anterior, se ha de buscar un funcionario judicial libre de cualquier influencia política, dicho funcionario solo debe aceptar la política constitucional, más nunca la política de los partidos. En un principio era normal que los jueces tuvieran un perfil político y parcializado, ya que el solo eran fieles servidores de la regla creada por el poder en turno, autómatas acríticos, los cuales interpretaba mecánicamente la norma, al final los jueces eran simples portadores de la voluntad estatal que materializaban por medio de las sentencias.

Como se puede observar en los criterios anteriormente mencionados, en un Estado constitucional las cualidades fueron reformuladas, de esta manera se buscó que el funcionario judicial fungiera como un protector de la Constitución, tanto formal como material, de esta manera, la función judicial se convierte en un mecanismo de protección de los derechos humanos. Sí la sociedad verdaderamente quiere jueces preocupados por hacer justicia, debe fijar la atención en los estándares internacionales, ya que, al existir un criterio internacional, la independencia judicial escapa al escrutinio político interno, que suele tocar los poderes judiciales.

Los procesos de selección y nombramiento, no son las únicas instituciones a tomar en cuenta para la garantía de la independencia institucional del juez, por otra parte, existen tres elementos de importancia que la acompañan, una de ellas es la inamovilidad del juez en su cargo, elemento de importancia, si consideramos que es clave para evitar chantajes y subordinación a los intereses de agentes externos o internos a la judicatura. La inamovilidad del juzgador ha sido expresada desde los principios internacionales y las resoluciones de órganos regionales que buscan asegurar a toda costa dicha garantía, esto se debe a que en los ámbitos nacionales puede ser fácilmente torcida, como se explicará en líneas posteriores.

4.1.3 Inamovilidad

La inamovilidad versa en la imposibilidad de cesar las funciones de un determinado juez, con excepción de ciertos casos que se han de analizar de una manera objetiva y justificable. Cabe mencionar que la inamovilidad es un principio internacional que debe ser garantizado. Al

respecto, la ONU menciona que uno de los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, reside en garantizar la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos por órganos colegiados. Esta inamovilidad debe ser garantizada hasta que el juez cumpla la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que haya sido nombrado o elegido, sin acotar o extender tal periodo, estas disposiciones deben encontrarse en leyes que den protección a la inamovilidad judicial.⁵⁹⁹

De ahí que se desprendan distintos criterios respecto de la inamovilidad del juez, los cuales dan un rostro y esencia a tal figura. Como se ha mencionado con anterioridad, la inamovilidad judicial es una condición sin la cual no puede existir la independencia judicial, dicha inamovilidad acepta ciertas excepciones. La primera excepción está respaldada en las medidas disciplinarias las cuales deben de estar debidamente formuladas en una ley, la segunda, hace referencia a la jubilación del juez, la tercera, aborda el caso de las transiciones democráticas de gobierno y la cuarta en el acenso en la carrera judicial. La inamovilidad judicial es además un derecho laboral que poseen los jueces como se expresará en las siguientes páginas.⁶⁰⁰

El sistema internacional menciona que independientemente del tiempo para el que se haya nombrado al juez, ya sea de manera provisional o de carrera, es de importancia asegurar su permanencia en el cargo, la cual debe ser observada durante el período para el que ha sido nombrado. Sin embargo, esta permanencia no puede ser limitada y amparar malos comportamientos, por ende, no puede cubrir faltas disciplinarias que den pie a un proceso disciplinario y a una posterior separación del cargo.

Se debe ser claro al mencionar que estas medidas disciplinarias deben estar incluidas en una la ley que precise de manera detallada las acciones que han de ser sancionadas por un Consejo Judicial, de esta manera se deben integrar las garantías mínimas de debido proceso a los juicios disciplinarios, así como una graduación de la pena, correspondiente a la falta cometida.

La segunda excepción, como se mencionó con anterioridad es la jubilación, prerrogativa personal y derecho laboral de cualquier funcionario judicial, respecto de esta no hay mayor problema, siempre y cuando sean respetados los tiempos para conceder tal prerrogativa, sin adelantarlos ni atrasarlos indebidamente.

⁵⁹⁹ Organización de Naciones Unidas, “Los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura”, *cit.*, párrafo. 12.

⁶⁰⁰ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/11/41/, *cit.*, párrafos. 57-64

La tercera excepción de inamovilidad judicial, se respalda en las transiciones de regímenes, pasando de uno autoritario a uno democrático. Cabe mencionar que esta excepción es muy extraña, y se legitima en el hecho de que puede existir complicidad entre los jueces y el antiguo régimen, lo que daría como resultado una esfera de impunidad. La ONU mencionó que, en estas situaciones de transición, deben existir restricciones al principio de inamovilidad, con el objetivo de eliminar alguna protección a los perpetradores de graves violaciones de los derechos humanos.

Para estos casos, donde se haga uso de los sistemas disciplinarios para eliminar la impunidad de los regímenes pasados, se debe de tener especial cuidado en lo que respecta a la investigación de los actos indebidos del juez o situaciones de subordinación y parcialidad judicial, ya que esta debe ser realizada de manera objetiva para cada situación, determinando si un juez ha sido nombrado ilegítimamente o ha obtenido sus competencias judiciales como resultado de un acto de fidelidad, a fin de proceder a su destitución. Lo que se trata de evitar con dicha medida es que la subordinación del juez a un régimen anterior sea eliminada.

La inamovilidad no solo debe de tomar en consideración las tres excepciones anteriores, sino también, otras formas de excepción, como, por ejemplo, la que podría hallarse en el ascenso judicial. El ascenso de los jueces debe estar considerado como una excepción, ya que se desocupará un puesto judicial antes del tiempo marcado por las leyes para el ejercicio de las funciones.

El Sistema Interamericano, por su parte, conceptualiza a la inamovilidad judicial desde una perspectiva distinta, ya que explota judicialmente el tema. Por ejemplo, en la sentencia del caso *Reverón Trujillo VS. Venezuela*, se realizó una interpretación sistemática de algunas disposiciones internacionales derivadas del sistema universal, de esta manera fueron adoptadas por el sistema Interamericano. De esta manera se determinó que sólo podían ser suspendidos o separados los jueces que fuesen incapaces o que hubieran incurrido en una falta al código disciplinario judicial, resolviéndose conforme reglas bien establecidas y en respeto a los derechos humanos. Asimismo, se colocó una obligación internacional determinada, respecto a la prohibición que debe tener el poder Ejecutivo para destituir a un juez antes de la expiración de su mandato, sin razón concreta y sin observar las reglas mínimas del debido proceso que otorgue la

posibilidad a un juez de impugnar el señalamiento.⁶⁰¹ En respuesta, los Estados deben avalar la existencia de una reintegración a la condición de juez o magistrado, a quien arbitrariamente haya sido privado de ella, de no ser así, los Estados podrían remover a los jueces e intervenir de ese modo en el Poder Judicial, sin mayores costos o control.⁶⁰²

Esto podría generar un temor en los demás jueces que observan que sus colegas son destituidos y luego no reincorporados. Dicho temor, también podría afectar a la independencia judicial, ya que fomentaría que los jueces sigan las instrucciones o se abstengan de resolver en contra de quien los nombra como de quien puede sancionarlos. Por tanto, deben existir los recursos judiciales idóneos para tal tarea. Por último, la Corte IDH dispone que la inamovilidad judicial es independiente del tiempo en que el juez ejerza el cargo, siendo que debe de existir una protección igualitaria y sin diferencia de trato, si esta es aplicada a un juez provisorio o a uno de planta.⁶⁰³

En posteriores sentencias, la inamovilidad judicial se le ha otorgado un doble sentido, por un lado, existe la independencia judicial entendida como el elemento institucional el cual se expresa en dimensiones. Por el otro, la independencia judicial es concebida como un derecho que tiene el juez, así lo ha mencionado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) VS. Ecuador.⁶⁰⁴ En dicha sentencia se utilizó el precedente del caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, donde además, se señaló que el derecho a un juez independiente estaba inmerso en la relación “independencia-ciudadano”, de esta manera la independencia judicial no es solo una garantía para la labor judicial, sino un requerimiento mínimo para el acceso a la justicia. La Corte consideró pertinente que, al estudiar una violación a la independencia judicial, debía analizarse a la luz de los Tratados internacionales.

Aunado a lo anterior, se encuentra el Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer MacGregor Poisot. Donde se mencionó que la inamovilidad judicial es un conjunto de varias garantías personales del juez. La primera, es la permanencia en el cargo, la segunda, se encuentra en el sistema de ascensos dentro del poder Judicial, lo que correspondería a la carrera judicial y, por último, la no libre remoción ni despido injustificado. Para el juez Ferrer, las principales garantías que deben ser resguardadas son las de un adecuado proceso de nombramiento que involucre el

⁶⁰¹ Corte IDH, Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, Párrafo 77.

⁶⁰² *ibidem*, párrafo 81.

⁶⁰³ *ibidem*, Párrafo 117.

⁶⁰⁴ Corte IDH, Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. *cit.*, párrafo. 153.

derecho de la ciudadanía a acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad; asimismo, la garantía de la permanencia en el cargo conlleva a que los procesos disciplinarios y sancionatorios respeten el debido proceso, ofreciendo a los perjudicados un recurso efectivo; la garantía de inamovilidad debe traducirse en un adecuado régimen laboral del juez, en el cual los traslados, ascensos y demás condiciones sean suficientemente controladas y respetadas, entre otros.⁶⁰⁵

Con el fin de ampliar los parámetros de la inamovilidad judicial, se estudiarán otros tres, el primero de ellos radica en la permanencia en el cargo, visto como un elemento el cual configura un derecho y una condición de la inamovilidad judicial que a su vez es un pilar de la independencia judicial. El otro tema será abordado desde la carrera judicial, precisamente en los ascensos y movibilidades dentro del poder Judicial. Por último, se abordarán los sistemas disciplinarios a los cuales están sometidos los jueces y magistrados, los cuales configuran la excepción más importante de la inamovilidad judicial.

4.1.4 Permanencia en el cargo

La permanencia en el cargo es distinta a la inamovilidad judicial, se podría mencionar que estas dos instituciones son sinónimas, pero por increíble que parezca no es así, la inamovilidad responde a un conjunto de garantías y la permanencia es una de ellas. Las primeras menciones de esta se dan en el contexto internacional, específicamente en los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, específicamente el principio 11, el cual menciona lo siguiente: *“La ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuadas.”*⁶⁰⁶

Por su parte, la ONU ha identificado que la permanencia judicial es un factor elemental para llevar a cabo la independencia judicial, estableciendo generalmente las condiciones para su ejercicio. De esta manera, dicha figura jurídica debe ser entendida junto con otras garantías institucionales que amplían de manera exponencial el término inamovilidad judicial, así y de forma progresiva, debe consolidarse la independencia judicial, tanto institucional como

⁶⁰⁵ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la sentencia de la Corte interamericana de derechos humanos en el caso *Corte suprema de justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*, de 23 de agosto de 2013, párrafos. 32 y 34.

⁶⁰⁶ Organización de las Naciones Unidas, Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, *cit.*, párrafo. 11.

personal.⁶⁰⁷ La permanencia en el cargo judicial es además importante, ya que permite al juzgador participar en los procesos de ascenso y con ello realizar una carrera judicial que provea al juez de condiciones laborales adecuadas y dignas. Asimismo, la permanencia en el cargo debe ser asegurada por periodos de tiempo establecidos en la norma, por los que hayan sido designados los funcionarios judiciales, con independencia del tipo de proceso al que fueron sometidos para acceder al cargo.⁶⁰⁸

Los sistemas regionales como el Interamericano, han desarrollado el tema desde la profundidad de las sentencias judiciales. La primera en abordar la permanencia en el cargo, fue producto del Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela,⁶⁰⁹ marcando el primer precedente que se repitió con frecuencia en posteriores sentencias. Tal fallo es contundente, ya que enunció las garantías judiciales que deben ser consideradas obligaciones internacionales, entre ellas la permanencia en el cargo, el proceso de ascensos adecuado y de no despido injustificado o libre remoción, agregando que en caso de que el Estado incumpla alguna de estas garantías señaladas, puede afectar a la inamovilidad judicial, por lo tanto, se hará acreedor de la declaración de una responsabilidad internacional.

A esta interpretación se le agregarían otros elementos, es así que en el año 2011, la Corte Interamericana conoció del caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela,⁶¹⁰ en el cual estableció un parámetro mínimo respecto de la permanencia judicial. Este residía en la igualdad entre jueces respecto de su estabilidad, resultado de aquello, se instituyó que esta prerrogativa no puede ser violada por cuestiones de discriminación o diferenciación no objetiva, como puede ser la pertenencia a un régimen laboral provisorio.

La Corte además manifestó que la provisionalidad *“debe estar sujeta a una condición resolutoria, tal como el cumplimiento de un plazo predeterminado o la celebración y conclusión de un concurso público de oposición y antecedentes que nombre al reemplazante del juez provisorio con carácter permanente”*.⁶¹¹ Aunado a ello, se estableció que no se debía hacer

⁶⁰⁷ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/11/41/, *cit.*, párrafo. 57

⁶⁰⁸ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/17/30/ADD.1, Human Rights Council Seventeenth session Agenda item 3 Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development Report of the Special Rapporteur on independence of judges and lawyers, Gabriela Knaul, párrafo. 118.

⁶⁰⁹ Corte IDH, Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela, *cit.*, párrafo. 79.

⁶¹⁰ Corte IDH, Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. *cit.*, párrafo 105.

⁶¹¹ *ibidem*, párrafo 116.

distinciones en torno de la garantía de la inamovilidad judicial, siendo que todos los jueces, sin importar el tiempo por el que desempeñaran el cargo, pueden disfrutar de todos los beneficios propios de la permanencia hasta el término de su nombramiento.

En párrafos posteriores de la misma sentencia, se interpretó que la permanencia en el cargo, no solo era una garantía de independencia judicial, sino también de un derecho humano como el acceso a un cargo público en condiciones de igualdad.⁶¹² Por ende, tendría que ser garantizado en el sentido de que los Estados, modificaran o previeran en sus leyes o reglamentos, criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución deben ser razonables y objetivos, donde las personas no sean objeto de discriminación.

En años posteriores, el tema volvería a ser retomado, esta vez en dos casos contra Ecuador. El primero de ellos es el Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador, en dicha sentencia se reafirmó lo dicho en otros precedentes y se volvió a insistir en la importancia de los principios básicos relativos a la independencia judicial, en el sentido de que la ley garantice la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos y que “*se garantice la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos*”.⁶¹³ La Corte, para tal caso señaló de nueva cuenta, el derecho que tienen los ciudadanos a acceder a un cargo público en igualdad de oportunidades, y retomando el precedente del caso Reverón Trujillo, se agregó que “*el acceso en condiciones de igualdad constituiría una garantía insuficiente si no está acompañado por la protección efectiva de la permanencia en aquello a lo que se accede*”.⁶¹⁴

Lo nuevo que trajo consigo la sentencia de Caso Quintana Coello y otros Vs. Ecuador, fue la introducción de estándares que sirvieran de base para formular garantías protectoras de la permanencia del juez, dichos estándares fueron divididos en tres:⁶¹⁵

- i) El respeto de las garantías judiciales implica respetar la independencia judicial;
- ii) Las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas,

⁶¹² *ibidem*, párrafo 135.

⁶¹³ Corte IDH, Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. cit., párrafo 145

⁶¹⁴ *ibidem*, párrafo 151

⁶¹⁵ *ibidem*, párrafo 155

ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato.

- iii) Cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana.

Para el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor,⁶¹⁶ existe un lazo que relaciona a la independencia judicial con el Estado constitucional de derecho, viendo a esta figura jurídica como uno de los pilares elementales. Este enlace da por resultado que la garantía de los derechos del juez, tales como la permanencia en el cargo, imparcialidad en el proceso de selección y nombramiento, se conviertan en garantía de protección de los derechos humanos. Por último, el juez Ferrer aclara que cuando se viola la permanencia del juez de manera arbitraria, se está quebrando el derecho de las personas a un juez imparcial, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, en conjunto con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, reconocido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana. De esta manera, se puede hablar de una interpretación sistemática derivada de los artículos 8.1 y 23.1.c de la Convención Americana le permite a la Corte IDH precisar que la garantía institucional de la independencia judicial, que se deriva del artículo 8.1 de la Convención Americana, se traduce en un derecho subjetivo del juez a que no se afecte en forma arbitraria su permanencia.

El segundo caso que aborda una temática similar al primero, fue el caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador,⁶¹⁷ el cual afianzó la interpretación de la permanencia judicial en conexidad de la inamovilidad como un elemento necesario para la independencia judicial. Primeramente, se partió del precedente producto del caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, el Tribunal señaló que el derecho a un juez independiente consagrado en el artículo 8.1 de la Convención sólo implicaba un derecho del ciudadano de ser juzgado por un juez independiente. De una manera similar al Caso Corte Suprema (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador, El Tribunal Interamericano consideró pertinente mencionar que la- violación de la

⁶¹⁶ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la sentencia de la Corte interamericana de derechos humanos en el *caso Corte suprema de justicia (quintana coello y otros) vs. Ecuador, op. cit.*, párrafo. 54.

⁶¹⁷ Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. cit., párrafo. 197.

garantía de la independencia judicial, engloba a la inamovilidad y la estabilidad de un juez para permanecer en su cargo, dichas violaciones deben analizarse a la luz de los derechos convencionales de los cuales el juez sea titular cuando se vea afectado por una decisión estatal que perturbe de manera arbitraria el tiempo que va a ejercer el cargo.

En resumen, la garantía institucional de la independencia judicial se relaciona directamente con el derecho del juez a permanecer en su cargo, como consecuencia se ha de formular la garantía de inamovilidad, siendo esta un pilar necesario para la construcción del Estado constitucional de derecho. Sin embargo, estas no son las únicas condiciones institucionales para que el juez puedan ejercer su cargo, existen otras que son de especial relevancia y que complementa de gran manera, el conjunto de prerrogativas que componen la independencia judicial.

4.1.5 Otras condiciones (ingreso, ascensos, capacitación, remuneración, seguridad)

Existen otras condiciones institucionales que buscan asegurar la independencia personal del juez, en este sentido, se encuentran las garantías de permanencia, inamovilidad y las prerrogativas laborales, las cuales pueden ejemplificarse en el ingreso al poder Judicial, los ascensos dentro de la carrera judicial, la capacitación teórica y práctica en relación a los derechos humanos en general, la remuneración que se traduce a un salario y la seguridad física con la que deben de contar los jueces y sus familias para desempeñar su función. Se ha de aclarar que algunas ya se han abordado de manera somera, sin embargo, este trabajo tiene por finalidad profundizar en esas condiciones personales para el juez.

A) Ingreso a la carrera judicial.

La primera de las condiciones personales del juzgador, versa en el ingreso a la carrera judicial. Si bien, ya se ha mencionado con anterioridad que existen métodos de selección para jueces menos políticos, se ha de abordar más a fondo en dicho tema. Para la selección de un juez se debe seleccionar al mejor perfil entre una variada lista de candidatos, la ONU ha mencionado en el informe A/HRC/23/43/add.4,⁶¹⁸ la necesidad de que los procesos de selección sean objetivos y basados en exámenes escritos, así como en exámenes psicométricos que demuestren que los candidatos son personas idóneas para ocupar el puesto, de esta manera se aseguraría la selección de la mejor opción.

⁶¹⁸ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/23/43/add.4, *cit.*, párrafo. 81.

La ONU indica que los mecanismos de selección, tales como los concursos de oposición con base en exámenes, no solo deben mostrar resultados que reflejen independencia, sino que, además, estos deben ser periódicos y realizados por órganos independientes, garantes de la administración de justicia.⁶¹⁹ Resultado de lo anterior, el sistema universal recomendó que los Estados, por medio de su legislación, recojan los criterios objetivos que se han de aplicar en la selección de los jueces y garanticen que la selección se base exclusivamente en los méritos; siendo seleccionados a través de concursos públicos realizados mediante exámenes escritos y anónimos.⁶²⁰

Estos exámenes no solo deben ser necesarios para el ingreso a una carrera judicial, sino que, deben ser aplicados de manera continua en un programa de constante formación judicial. La ONU se ha referido a este tema en el informe A/HRC/14/26,⁶²¹ donde ha expuesto que debe existir una obligación para aplicar exámenes rigurosos de ingreso. En dicha relatoría, se observó que solo unos pocos Estados aplican exámenes periódicos que tienen por objetivo asegurar la calidad continua de la administración de justicia.

En resumen, podemos mencionar que los sistemas objetivos de selección de jueces están basados en exámenes, los cuales buscan el mejor perfil para ocupar un cargo judicial.

B) Ascensos.

Los ascensos son otro elemento de las condiciones personales del juez, siendo reconocidos en los principios básicos relativos a la independencia judicial, en especial atención al principio número 13 que menciona lo siguiente: “*El sistema de ascensos de los jueces, cuando exista, se basará en factores objetivos, especialmente en la capacidad profesional, la integridad y la experiencia*”.⁶²²

Este principio sirvió como base para posteriores recomendaciones realizadas por la ONU en diversos informes, entre ellos el A/HRC/11/41.⁶²³ En el cual se hizo mención que dentro de los requisitos de ascenso se deben observar criterios similares a los de ingreso de carrera judicial que

⁶¹⁹ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/11/41/, *cit.*, párrafo. 84.

⁶²⁰ *ibidem*, párrafo. 97.

⁶²¹ Organización de las Naciones Unidas A/HRC/14/26/, Consejo de Derechos Humanos 14º período de sesiones Tema 3 de la agenda Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sra. Gabriela Carina Knauth de Albuquerque e Silva*, 9 de abril de 2010, párrafos. 36 y 59.

⁶²² Organización de las Naciones Unidas, Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, *cit.*, principio 13.

⁶²³ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/11/41/, *cit.*, párrafos. 68, 71 y 97.

demuestren la aptitud de quien quiera escalar dentro de la carrera judicial, demostrando que se es el más capaz, apto, íntegro y que posee gran experiencia.⁶²⁴

Cualquier mecanismo de ascenso dentro el poder Judicial debe ser aplicado por un organismo independiente, como pueden serlo los Consejos Judiciales, con el fin de mejorar la calidad de impartición de justicia. Esto además traería consigo la eliminación de cotos de poder corporativistas dentro del poder Judicial, ya que el acceso a la actividad judicial no sería por algún tipo de relación familiar o de amistad, sino por medio de un examen que demostrara quien merece el cargo.⁶²⁵ El Relator termina recomendado que se deben de establecer por la vía legal procedimientos claros y criterios objetivos para los ascensos de los jueces; y que un organismo independiente encargado de la selección de los jueces adopte, de ser posible, las resoluciones finales relativas a estos.⁶²⁶

En informes posteriores como el A/HRC/ 26/32,⁶²⁷ se insistió en que los órganos de gobierno judicial, debían disponer de cierta autonomía para aplicar los criterios reconocidos con anterioridad a los proceso de selección para elegir al perfil idóneo, garantizando una carrea judicial objetiva y legítima.

C) Capacitación.

La capacitación es el medio por el cual ciertos individuos pueden adquirir conocimientos especializados en determinadas áreas con el fin de realizar una serie de actividades específicas. Para la ONU, la capacitación de jueces y magistrados, debe ser continua y versar en materias relacionadas al derecho internacional de los derechos humanos.⁶²⁸ Esta puede ser voluntaria u obligatoria, dependiendo de una situación determinada, será obligatoria, por ejemplo, cuando se requiera que todos los jueces se adapten a una gran reforma judicial que venga a remodelar todo el sistema judicial.

Al igual que otras figuras, la capacitación es un derecho y a su vez una obligación, la ONU expresó lo anterior en el informe/HRC/14/26,⁶²⁹ el cual toma por base el Estatuto del Juez

⁶²⁴ *ibidem*, párrafo. 68.

⁶²⁵ *ibidem*, párrafo. 71.

⁶²⁶ *ibidem*, párrafo. 97.

⁶²⁷ Organización de las Naciones Unidas, A/HRC/26/32, 26. ° período de sesiones Tema 3 de la agenda PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE TODOS LOS DERECHOS HUMANOS, CIVILES, POLÍTICOS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES INCLUIDO EL DERECHO AL DESARROLLO Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, 28 de abril de 2014, párrafo. 91.

⁶²⁸ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/23/43/. Add.4., *cit.*, párrafo. 101.

⁶²⁹ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea general A/HRC/14/26/, *cit.*, párrafo. 30.

Iberoamericano para ello. Para términos prácticos, la formación judicial no solamente se divide en voluntaria y obligatoria, también se fragmenta en inicial y continua. La formación inicial es aquella formación introductoria que relaciona la función de los jueces con conocimientos básicos de derecho internacional y derechos humano. En pocas palabras, la capacitación sobre control de convencionalidad e interpretación conforme es elemental, sumado a ello, la capacitación debe de mantenerse al tanto de las decisiones de órganos internacionales (vinculantes y no vinculantes), así como sus procedimientos especiales, judiciales o no jurisdiccionales.

Lo anterior debe ser observado para los casos en donde los Estados parte no prevean un marco armonizado conforme a los parámetros internacionales. La duración y el contenido de estos dependen del tribunal en que el juez asuma sus funciones. En la mayoría de los Estados, la actualización inicial versa sobre la esfera jurídica en cuyo marco los jueces desempeñarán sus funciones, pero ello no es suficiente, se ha de considerar además la integración de la capacitación básica sobre las obligaciones internacionales de derechos humanos vigentes en el país, con el objetivo que los nuevos jueces comprendan el efecto de las decisiones de los órganos internacionales o regionales judiciales o cuasi judiciales, así como los tratados internacionales en el ordenamiento interno.⁶³⁰

Respecto de la capacitación continua, la ONU menciona esta formación requiere que se perpetúe en el tiempo, ya que el aprendizaje deja de ser introductorio para convertirse en algo cotidiano.⁶³¹ La formación no solo abarca cursos de formación, sino una planeación intensiva que incluye una serie de presentaciones, conferencias, diálogos interactivos, talleres, seminarios y publicaciones electrónicas que abordan las problemáticas de los derechos humanos, surgiendo algunas herramientas para resolverlas. Dichos programas dan a los tribunales la oportunidad de evaluar y supervisar los progresos encaminados a permitir el disfrute de los derechos humanos mediante decisiones judiciales, señalando las carencias que subsisten en el sistema nacional y analizando la compatibilidad de las leyes nacionales con las normas internacionales.⁶³²

La ONU, ve en los planes de formación la manera perfecta para consolidar la independencia judicial. Esta tarea debe ser realizada en dos etapas, la primera de ellas reside en una evaluación de carácter internacional que indique cual es la situación del país que vaya aplicar

⁶³⁰ *ibidem*, párrafo. 43.

⁶³¹ *ibidem*, párrafos. 44-45.

⁶³² *ibidem*, párrafo. 46.

esto planes, dicho estudio debe estar fundamentado en una base científica que dote de forma a la educación en derechos humanos y la formación continua de los magistrados, jueces, fiscales, defensores públicos y abogados.⁶³³

Una vez que se ha identificado la problemática por medio de un diagnóstico certero, se ha de comenzar con los trabajos que competen a la segunda etapa, la cual consistirá en una conferencia internacional sobre la forma en que habría de impartirse la capacitación y formación en derechos humanos a los profesionales del derecho. Esta debe tener por objetivo determinar los medios y mecanismos que servirán para implementar la formación continua en derechos humanos de los jueces, buscando mejorar el funcionamiento de las Cortes, los tribunales y el papel de los abogados defensores en la tarea de proteger derechos humanos y asegurar una adecuada administración de justicia.⁶³⁴

Así, los miembros de las judicaturas y fiscales generales u oficinas del ministerio público, los representantes de asociaciones de magistrados, los jueces y abogados y los miembros de la sociedad civil, podrían identificar las características internas y estructurales de los sistemas judiciales que afectan la aplicación de las normas internacionales, como regionales de derechos humanos.

Posteriormente, se hicieron dos recomendaciones de gran interés que complementan el tema de la formación. La primera versó en las etapas para diseñar proyectos académicos de formación judicial, esta cuestión ya fue abordada con anterioridad, producto de las observaciones realizadas por el relator.⁶³⁵

La segunda recomendación versó en la necesidad de llevar la capacitación en materia de derechos humanos a los estudiantes de licenciatura que cursan la carrera de derecho, lo cuales deberían tomar un curso obligatorio en materia de derechos humanos, antes de presentar el examen de grado a fin de asegurar que los nuevos abogados tengan noción de la importancia de los derechos humanos.⁶³⁶

La ONU ha mencionado que dichos planes de formación y capacitación, no solo deben partir de una concepción general de los derechos humanos, sino que además debe ser una

⁶³³ *ibidem*, párrafo. 78.

⁶³⁴ *ibidem*, párrafo. 79.

⁶³⁵ *ibidem*, párrafo. 95.

⁶³⁶ *ibidem*, párrafo. 99.

formación especializada en temas relacionados con grupos minoritarios, como por ejemplo los derechos de la mujer.⁶³⁷ Esta formación especializada es de gran relevancia para decidir de la mejor manera la reparación en caso de violaciones de derechos humanos, promoviendo la igualdad de género y buscando garantizar plenamente los derechos de estos grupos.⁶³⁸ Al conocer las violaciones de derechos a las que se ven sometidos algunos grupos minoritarios y las necesidades de estos, los Estados deberán diseñar herramientas específicas de protección. La ONU ha expresado que la formación y la capacitación adecuadas son fundamentales para que quienes entran en contacto con estos grupos en situación de vulnerabilidad dentro del sistema judicial, especialmente los jueces, los fiscales y los abogados.⁶³⁹

D) Remuneración.

Otra de las condiciones individuales que debe poseer un juzgador, se encuentra en la remuneración que se traduce en un derecho laboral, asimismo suele verse como una garantía judicial que asegura la independencia personal del juez. La ONU ha mencionado en sus observaciones respecto de los salarios de los jueces, que estos deben estar detallados en disposiciones normativas, pero no solo se ha de preverlos, sino que además estos deben de ser adecuados a las necesidades de funcionario judicial, conforme a los principios básicos de la independencia judicial en especial el número 11 y las normas regionales.⁶⁴⁰ A pesar de ello, en muchos países se percibe un bajo salario para los funcionarios judiciales, muchas veces por debajo de los estándares mínimos nacionales, llevando al juez a una situación de precariedad, que ni siquiera le permite llevar una vida digna.⁶⁴¹ La problemática va en aumento, cuando los salarios varían por el tipo de juez y la zona donde ejercen su jurisdicción, es así que la función jurisdiccional que se concentra en las zonas urbanas recibe la mayor parte del presupuesto, dejando de lado a las zonas rurales.

Por último, el Relator Especial y el Comité de Derechos Humanos expresaron su preocupación por las demoras significativas en el pago de los sueldos, así como la baja remuneración que perciben los funcionarios judiciales en algunas partes del mundo, lo que

⁶³⁷ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/17/30, cit., párrafo 42

⁶³⁸ *ibidem*, párrafo 43.

⁶³⁹ Organización de las Naciones Unidas, A/HRC/26/29, 29° período de sesiones Tema 3 de la agenda promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales incluido el derecho al desarrollo, Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, 1 de abril de 2015, párrafos. 86 y 89.

⁶⁴⁰ Organización de las Naciones Unidas, A/HRC/ 14/11, cit., párrafo. 73.

⁶⁴¹ *ibidem*, párrafo. 74.

termina convirtiéndose en un factor importante que contribuye a la corrupción en varios sistemas judiciales. Por lo tanto, la remuneración de los jueces debe ser justa, conforme a sus responsabilidades y sus funciones.⁶⁴²

En resumidas palabras, el salario debe asegurar una vida digna, por lo tanto, se excluye la posibilidad de que este pueda ser bajo, la paga no debería ser demorada, asimismo, el salario debe de corresponder a las funciones que los jueces ejercen sin hacer distinción entre ellos por razones de lugar de adscripción. Es de gran interés mencionar que el sistema universal dispone de parámetros mínimos para el salario judicial, pero no parámetros máximos, lo cual suele ser un problema para algunos países latinoamericanos.

E) Seguridad.

La última condición personal del juez es la seguridad de la cual se suele hablar muy poco, siendo que no existe información precisa sobre sus parámetros para su materialización. Afortunadamente, la ONU ha expresado la necesidad de contemplar a la seguridad física el juez como garantía de independencia judicial.⁶⁴³ El Comité de Derechos Humanos en el párrafo 19, respecto de la Observación general N° 32, mencionó que es necesario proteger a los jueces contra los conflictos de intereses y la intimidación, con ese fin, la ley debe garantizar adecuadamente la seguridad de los jueces. Asimismo, y de conformidad con la Declaración de Beijing, compete al poder Ejecutivo o en su caso al Consejo Judicial garantizar la seguridad y la protección física de los jueces y sus familias en todo momento, aunado a esto, el Estatuto del Juez Iberoamericano agrega que se requiere que los medios necesarios sean acordes al riesgo a que se vean sometidos los jueces y sus familias. Las medidas específicas de seguridad pueden versar en el empleo de vigilantes armados, adscritos a las dependencias judiciales o en su caso a la protección individual de los operados de justicia que puedan ser o sean objeto de amenazas graves.⁶⁴⁴

El Relator Especial mencionó que muchos Estados no cumplen de manera efectiva con las condiciones mínimas de seguridad personal a los jueces, aun cuando dichas necesidades fueran formuladas en denuncias policiales o judiciales. Por ende, los Estados deben de adoptar y desarrollar medidas preventivas de seguridad para mejorar la protección de los jueces, en

⁶⁴² *ibidem*, párrafo. 75.

⁶⁴³ Organización de las Naciones Unidas, A/HRC/ 14/11, *cit.*, párrafos. 78-79 y 99.

⁶⁴⁴ *ibidem*, párrafo.78.

particular de los que instruyan causas relacionadas con la corrupción y delincuencia organizada a gran escala, terrorismo y crímenes de lesa humanidad.⁶⁴⁵

4.2 Procesos disciplinarios y Rendición de cuentas

La independencia judicial siempre debe de ir acompañada por la responsabilidad. Esta característica es pilar fundamental para un sistema de rendición de cuentas eficaz, no puede existir juez impune que haga lo que quiera. En un Estado constitucional de derecho, los procesos disciplinarios permiten limitar la arbitrariedad de algunos funcionarios en cuanto a su actuar como profesionistas, como menciona Alejandro Nieto, “*Un juez no debe ser inamovible sin ser al tiempo responsable, pues si la inamovilidad lo hace independiente, la responsabilidad asegura a los ciudadanos que sus fallos no serán hijos del capricho y la arbitrariedad*”.⁶⁴⁶

Podría pensarse que las sanciones producto de los procesos disciplinarios atentan contra la independencia judicial, esto no es del todo mentira, cuando tales procesos disciplinarios se llevan sin criterios objetivos claros y sus resoluciones no dejan en claro las razones por las cuales se sancionó a un funcionario judicial. Para entender mejor la idea, se desarrollarán dos escenarios hipotéticos, uno donde el juez ha sido destituido por razones objetivas, tales como faltar un mes a su labor judicial o por que se le demostraron actos de corrupción; en este tipo de casos la sanción es objetiva y justificable. Y otro, donde el poder Ejecutivo de un determinado Estado, buscara destituir a ciertos funcionarios judiciales, por el hecho de dictar una sentencia contraria a su plan de gobierno, al cual se les haya imputado un contenido inconstitucional y contrario a los derechos humanos, este último ejemplo, es prueba de un ataque contra la independencia judicial y si se llegase a dar la destitución por las razones antes mencionadas, sería profundamente una decisión arbitraria y poco objetiva.

Por ello se debe de profundizar en todo lo relacionado con los mecanismos de rendición de cuentas, sus sanciones, los métodos de defensa del juez y en caso de ser víctima de una arbitrariedad del poder, que esta pueda ser reparada. Para Alejandro Nieto la responsabilidad judicial es de dos tipos, la primera corresponde al comportamiento genérico de la profesión en contraste con lo dispuesto en los códigos de ética y buena conducta de los jueces, lo que se busca es el buen orden del poder Judicial y una administración efectiva que permita a la burocracia

⁶⁴⁵ *ibidem*, párrafo. 79.

⁶⁴⁶ Nieto Alejandro, *El desgobierno judicial, cit.*, p. 170.

ejercer sus facultades sin atraso alguno.⁶⁴⁷ Mientras tanto, el segundo tipo, vigila que las resoluciones que carezcan de legalidad o inconstitucionalidad con la potencialidad de expresar cierto grado de parcialidad puedan ser nulificadas y el juez, sometido a un proceso disciplinario.

Con lo anterior, se ha de mencionar que cualquier tipo de procedimiento debe de ir acompañado con un recurso judicial efectivo, independientemente de la posición en la que se encuentre el individuo afectado. Este tiene derecho a un juicio justo, garantizando así, su defensa ante la arbitrariedad del poder, y en caso que se demuestre que ha sido inculcado injustamente, el daño debe ser reparado. Es por ello que se ha de comenzar con el principio del problema, el cual se encuentra en la destitución de los funcionarios judiciales, que con anterioridad fueron sujetos a tales mecanismos disciplinarios.

4.2.1 Destitución

La destitución es una de las sanciones con la cual se suele castigar al juez por una falta en su comportamiento, esta reside en separar al funcionario de su cargo de manera definitiva y no por tiempo limitado, como puede ser el caso de una suspensión del cargo. La destitución siempre debe ser guiada por ciertos parámetros, los cuales asegurarán que estas sanciones sean justas y no arbitrarias. Para asegurar cierto grado de neutralidad, debe observarse lo recomendado por organismos internacionales, ya que estos acercan a un común acuerdo en la materia, en contraposición de los estándares nacionales, que por lo general suelen carecer de garantías mínimas de protección y estar politizados.

La ONU se ha referido al hecho de que, en muchas ocasiones, los Estados por medio de los poderes Legislativo o Ejecutivo, buscan imponer medidas disciplinarias a los jueces.⁶⁴⁸ Este hecho es preocupante, porque dichas destituciones suelen hacerse sin las garantías judiciales elementales, utilizando un criterio meramente político en vez de jurídico. Debido a ello, debe de existir un órgano independiente que pueda aplicar sanciones producto de los procedimientos disciplinarios, recayendo en un Consejo Judicial, el cual no dependa de ningún otro poder, siendo este independiente. Todo proceso debe observar la existencia de garantías judiciales que permitan a los jueces defenderse, por lo tanto, debe existir la posibilidad de revisar todas las decisiones, así como la objetividad de estas. Dichos criterios deben ser respetados con independencia del tipo de órgano que llevó a cabo el proceso disciplinario, sea este político o judicial.

⁶⁴⁷ *ibidem*, pp. 177-178.

⁶⁴⁸ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/11/41, *cit.*, párrafos. 60-61.

En relatorías posteriores, la ONU mencionó que los procedimientos disciplinarios que den lugar a las destituciones judiciales solo pueden legitimarse en razones objetivas, por ejemplo, el mal comportamiento de estos individuos en la labor judicial. Dichas faltas de ética judicial deben ser graves y acreditar la incapacidad del funcionario o la violación de los códigos de conducta previamente establecidos.⁶⁴⁹

Por su parte, los sistemas regionales, especialmente en Latinoamérica, han desarrollado estos temas de una manera más específica, estableciendo por medio de sus resoluciones, parámetros específicos que han ayudado a esclarecer el tema de los procesos disciplinarios y la destitución.

La Corte IDH ha desarrollado un sinnúmero de precedentes respecto a la destitución de los jueces, los cuales son reveladores. El primer de estos es *Apitz Barbera Vs Venezuela*, donde se mencionó la gran importancia de mantener la permanencia y estabilidad a los jueces provisionales, mencionando que este estatus solo es una excepción y que el tiempo en el que están en el cargo no debe ampliarse demasiado,⁶⁵⁰ al punto que no se extiendan de manera indefinida, por ende, debe preverse una condición de término, tal como el cumplimiento de un plazo predeterminado para ejercer el cargo, o la celebración y conclusión de un concurso público de oposición, etc.

El hecho de mantener a un conjunto de jueces o a un juez en un régimen provisional y no de planta, implica que pueden aparecer distintos obstáculos para garantizar su independencia, ya que al carecer de garantías de permanencia mínimas y desconocer el tiempo por el cual ejercerán el cargo, están en constante peligro de ser destituidos sin previo aviso y por el motivo que sea, esto es una clara afrenta en contra de las obligaciones internacionales que han adquirido los Estados. En consecuencia, la destitución debe ser realizada de manera objetiva y razonable, de manera imparcial y con apego a las normas de debido proceso, así como garantizar que la persona destituida tenga acceso a un recurso judicial con el que pueda defender este acto de autoridad.⁶⁵¹

En sentencias posteriores, la Corte IDH retomó lo expuesto para el Caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*,⁶⁵² sin embargo, esta vez ampliaron los parámetros de protección para todo tipo de

⁶⁴⁹ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/38/38/, *cit.*, párrafo. 60.

⁶⁵⁰ Corte IDH, Caso *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*, *cit.*, párrafos. 43-44.

⁶⁵¹ *ibidem*, párrafo 44.

⁶⁵² Corte IDH, Caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, *cit.*, párrafo. 77.

juez, de esta manera se requirió que las motivaciones por las que se inician los procesos de destitución o suspensión a un juez, estén debidamente reguladas en una norma, limitando en todo momento, la injerencia indebida del poder Ejecutivo.

Asimismo, en la sentencia *Camba Campos Vs. Ecuador*, se integró las interpretaciones del Consejo de Europa, las cuales agregaron distintos límites para la destitución, dividiéndolas en 3 puntos específicos que son los siguientes:⁶⁵³

1. Cuando los jueces no cumplan con sus deberes de manera eficiente y adecuada o en caso de faltas disciplinarias, se deben tomar todas las medidas necesarias que no perjudiquen la independencia judicial, siempre en conformidad de los principios constitucionales y las disposiciones legales y tradiciones de cada Estado, dichas medidas pueden incluir, por ejemplo:

- a. Retirar casos del juez;
- b. Transferir al juez a otras tareas judiciales dentro del tribunal;
- c. Sanciones económicas como la reducción temporaria del salario;
- d. Suspensión.

2. Los jueces designados no podrán ser destituidos de cargo en forma permanente sin razones válidas hasta su retiro obligatorio. Dichas razones deben estar definidas por la ley en términos precisos, pueden aplicarse en países donde el juez es electo por un determinado período, o pueden relacionarse con la incapacidad para desempeñar funciones judiciales, la comisión de faltas o infracciones graves de las reglas disciplinarias.

Además de lo anteriormente plasmado, se hace prioridad la legalidad de las sanciones, las infracciones que puede cometer un juez y los procedimientos disciplinarios, en tanto estos estén establecidos en una norma.

Por último, la Corte Interamericana vuelve a retomar la necesidad de un órgano independiente, dentro del mismo párrafo y apoyada de los instrumentos proporcionados por el Consejo de Europa, hace énfasis en la necesidad de que las decisiones de los órganos que aplican procesos disciplinarios estén a escrutinio de un juez superior, que pueda conocer este tipo de casos, como se menciona en el citado párrafo:

3. En casos en que sea necesario tomar las medidas disciplinarias, los Estados deben considerar el establecimiento, por medio de la ley, de un órgano especial competente cuya tarea

⁶⁵³ Caso del Tribunal Constitucional (*Camba Campos y otros*) Vs. Ecuador. cit., párrafo. 192.

sea la de aplicar sanciones y medidas disciplinarias, cuando no sean tratadas por el tribunal, y cuyas decisiones estén controladas por un órgano judicial superior, o que sea en sí mismo un órgano judicial superior. La ley debe establecer procedimientos.

4.2.2 Acceso al recurso judicial efectivo para jueces

Todo proceso disciplinario debe estar acompañado por garantías judiciales mínimas las cuales deben prevalecer en cualquier proceso que prevea un daño justificable o injustificable de los intereses o derechos de una persona. Los sistemas internacionales de derechos humanos han insistido en la existencia de recursos judiciales que permitan a cualquier persona defenderse de la arbitrariedad producto de una decisión política sin fundamentos. Tales recursos no solo deben estar contemplados dentro de una norma jurídica, sino que, además, estos deben ser accesibles, rápidos y efectivos, esto con el fin de eliminar los obstáculos a la hora de acceder a un sistema de justicia.

La ONU se ha pronunciado respecto de este tema en diversas relatorías de manera reiterada. El tema comenzó a ser abordado en el Informe A/HRC/11/41,⁶⁵⁴ donde expresó la necesidad de que un organismo independiente pueda sancionar a los jueces y estos a su vez, defenderse por medio de las debidas garantías procesales en sintonía con la imparcialidad judicial. Sobre todo, cuando un organismo político sanciona con remoción del cargo a un juez, sin razones objetivas y sustentables. Cabe aclarar que estas reglas procesales deben acompañar cualquier proceso que vincule a un juez a un régimen disciplinario independientemente del tipo de órgano que lo aplique. Es de crucial importancia mencionar, que la decisión que sea sometida a una revisión judicial, debe ser conocida por un órgano distinto de quien emitió el acto, así se aseguraría la imparcialidad del órgano revisor, sin embargo, para los casos de destitución por órganos políticos, también debe existir la posibilidad de una revisión judicial.

De la misma manera, se puede apreciar un criterio bastante parecido en el Informe de A/HRC/14/26/add.1,⁶⁵⁵ respecto de la necesaria existencia de garantías judiciales en contra de las decisiones políticas que tenga por objeto la destitución de un juez sin haber dado motivos objetivos para tal acción. En caso de que no existan garantías judiciales para impugnar los casos de destitución, se puede mencionar que se está frente a una incompatibilidad con la independencia del poder Judicial.

⁶⁵⁴ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/11/41/, *cit.*, párrafo. 61.

⁶⁵⁵ Organización de las Naciones Unidas A/HRC/14/26/Add.1, *cit.*, párrafo. 1176.

La ONU siguiendo esta interpretación de manera progresiva, agregó en el informe A/HRC/38/38 una nueva observación en relación del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde se hizo forzoso expresar la necesidad de que los procedimientos disciplinarios puedan ofrecer a los jueces acusados todas las garantías procesales, tales como una defensa adecuada, la asistencia técnica de un abogado competente, además de exigir que las decisiones de los órganos disciplinarios estén fundadas, motivadas y sujetas a revisión judicial.⁶⁵⁶

Por último, el relator especial hace una observación de la relación que existe entre los mecanismos de rendición de cuentas y los procesos disciplinarios, ya que este vínculo implica la posibilidad de imponer sanciones, así como de integrar el concepto de responsabilidad, que supone facilitar información sin contraer un compromiso específico. Aunado a lo anterior, los Estados deben garantizar al juez, los medios suficientes para explicar y justificar adecuadamente su conducta o actuación considerada inadecuada, inapropiada o ilegal, mediante las debidas garantías procesales que deben abrir la posibilidad a que el Consejo Judicial evalúe, si imponer la sanción o no.⁶⁵⁷

A nivel regional, el Sistema Interamericano ha ampliado los parámetros jurisprudenciales en relación con el recurso judicial efectivo para casos de procesos disciplinarios que tengan por objetivo la dentición de un juez. Así, se han realizado dos interpretaciones que son complementarias, la primera respecto del artículo 25.1 de la Convención Americana en relación al recurso judicial efectivo y la segunda, en razón del artículo 8.1 de la misma Convención que estipula las garantías judiciales mínimas, las cuales deben ser observadas en cualquier procedimiento disciplinario.

Respecto del primer tópico, la Corte Interamericana ha interpretado al recurso judicial efectivo con relación al tema de los jueces. En la sentencia del caso Tribunal Constitucional Vs. Perú,⁶⁵⁸ la cual sugiere que deben existir en la legislación recursos judiciales, sin embargo, su mera existencia no es suficiente para decir que se cumple a cabalidad con el artículo 25 de la Convención, ya que este recurso debe ser efectivo, además de rápido y sencillo.

⁶⁵⁶ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/38/38/, *cit.*, párrafo. 63.

⁶⁵⁷ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/26/32/, *cit.*, párrafo. 49

⁶⁵⁸ Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, *op. cit.*, párrafo. 90.

Con posterioridad, dicho precedente volvió a ser tomado en consideración, ejemplo de ello es la sentencia del Caso Reverón Trujillo Vs Venezuela,⁶⁵⁹ en donde se expuso que existía una obligación internacional inmersa en el artículo 25.1 de la Convención, la cual obliga a los Estados a ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial en contra de actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también, de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. La existencia de esta garantía “*constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención*”.⁶⁶⁰

Sin embargo, las garantías judiciales expresadas en el Artículo 25. 1, al ser obligaciones internacionales deben ser interpretadas de manera sistemática junto con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, estableciendo la necesidad de que los Estados adopten disposiciones de carácter internacional y con base a ello, adecuar su legislación interna. Esto implica que los Estados deben de diseñar recursos judiciales que realmente funcionen y sean accesibles, esto con el fin de desarrollar prácticas institucionales conducentes observar una efectiva protección de los derechos humanos.⁶⁶¹ Por último, la Corte mencionó que no basta con que el recurso judicial esté previsto en la Constitución o en la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.⁶⁶² Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia.

En sentencias posteriores como la del caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela,⁶⁶³ se da un ejemplo de gran interés para entender cómo debe de ser interpretada la efectividad del recurso judicial en especial atención a un hecho concreto, donde se puso a discusión los mecanismos judiciales administrativo-disciplinarios a nivel estructural y no solo enfocándose en las víctimas.

⁶⁵⁹ Corte IDH, Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela, *cit.*, párrafos. 59, 60 y 61.

⁶⁶⁰ *ibidem*, párrafo. 59.

⁶⁶¹ *ibidem*, párrafo. 60.

⁶⁶² *ibidem*, párrafo. 61.

⁶⁶³ Corte IDH, Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, *cit.*, párrafo. 128.

Con base a lo anterior, la Corte Interamericana mencionó que las autoridades venezolanas dejaron sin efecto de manera discrecional el nombramiento de jueces provisorios o temporales.⁶⁶⁴ Dicha afirmación está basada en la prueba aportada en el caso de la señora Chocrón Chocrón, tales autoridades se limitaron a indicar, frente a los alegatos de la víctima, que “*tanta potestad tiene la Comisión Judicial para designar a los jueces, de forma provisoria, como para dejar sin efecto su designación, cuando así sea precisado por la mayoría de sus miembros*”. Así, la Corte consideró que los recursos judiciales interpuestos por la señora Chocrón, no fueron efectivos y, por ende, fue víctima de una destitución arbitraria, la cual no contó con los requerimientos mínimos para su expedición, como la motivación y la fundamentación, dejándola indefensa ante el acto administrativo emitido en su contra. La respuesta recibida, impidió que ella impugnara la decisión de la Comisión Judicial, en una clara violación al artículo 8.1 de la Convención Americana.

Un criterio parecido se volvió a repetir en el caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador,⁶⁶⁵ donde de manera redundante se volvió a realizar una interpretación del artículo 25.1 de la Convención Interamericana, destacando los mismo que en el caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Debe existir la obligación internacional donde los Estados partes, garanticen un recurso judicial efectivo en contra actos violatorios de sus derechos fundamentales.⁶⁶⁶ Estas garantías deben de estar marcadas por la efectividad, la cual no solo impone la obligación de concebir un recurso judicial en ley, sino que estos deben de dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos. Estos recursos deben ser sencillos, rápidos y efectivos, ante juez o tribunal competente. Los Estados también deben ceñirse a la jurisprudencia de la Corte IDH en relación a la idoneidad del recurso para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.

Para este caso en particular, la Corte terminó interpretando que la obligación internacional respecto del recurso judicial, debía ser dividida en dos. La primera, versa en el hecho de consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, busca garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y

⁶⁶⁴ *ibidem*, párrafo. 129.

⁶⁶⁵ Corte IDH, Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador, *cit.*, párrafos. 185- 186.

⁶⁶⁶ *ibidem*, párrafo. 185.

sentencias definitivas emitidas por tales autoridades, de manera que protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. A la vista de lo anterior, el Estado tiene la responsabilidad no sólo de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, sino también la de asegurar la debida aplicación de este.⁶⁶⁷

4.2.3 Debido proceso

El debido proceso consiste en la presencia de derechos esenciales que deben de estar presentes en cualquier tipo de juicio, ya sea administrativo, constitucional, penal o civil, formando parte de un juicio justo. La ONU ha mencionado muy poco acerca del debido proceso para jueces, destacando una breve mención hecha en el informe A/HRC/26/32,⁶⁶⁸ en el cual se detallaron algunas garantías judiciales del debido proceso, tales como el principio de legalidad de la sanción, la cual debe estar estipulada en alguna norma como lo es un código de ética judicial, sumado un juicio imparcial, el derecho a ser oído, amplia información de las causales de destitución, etc.

Este informe señala que los operadores de justicia solo deben ser separados de su cargo por faltas de conducta profesional que sean graves e inexcusables y que también desacrediten al poder Judicial. También se advierte que los jueces no deben estar sujetos a procedimientos disciplinarios por el contenido de sus resoluciones, veredictos o dictámenes judiciales, errores judiciales o críticas a los tribunales. Además, se hace necesario la existencia de un código de ética o conducta judicial, que debe establecerse con la participación de asociaciones de abogados, académicos y profesionales de la justicia, aplicándose de manera coherente y transparente, con pleno respeto de las garantías fundamentales relativas a un juicio imparcial y el debido proceso.

Respaldado en lo anterior, la ONU hace dos recomendaciones esenciales para el entendimiento del debido proceso en relación con algunas garantías judiciales. La primera de ellas, está basada en la legalidad de los procedimientos y sanciones, respaldándose en algún cuerpo legal que regule el comportamiento debido de los jueces. Asimismo, se dispone que estos códigos deberán ser aplicados imparcialmente y respetando el debido proceso.⁶⁶⁹ La segunda recomendación, menciona que cualquier proceso disciplinario o de rendición de cuentas debe de contar con imparcialidad e independencia necesaria, respetando el debido proceso. Esto empata

⁶⁶⁷ *ibidem*, párrafo. 86.

⁶⁶⁸ Organización de las Naciones Unidas, A/HRC/ 26/32, *cit.*, párrafo. 87.

⁶⁶⁹ *ibidem*, párrafo. 120.

claramente con el anterior párrafo y hace de relevancia que las únicas conductas imputables son aquellas que sean graves y que pongan entredicho la credibilidad del poder Judicial.⁶⁷⁰

Para los sistemas regionales como lo es el Interamericano, el debido proceso está garantizado por el artículo 8.1.⁶⁷¹ La interpretación de dicho artículo está inmersa en las sentencias proporcionadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera de ellas fue resultado del caso Tribunal Constitucional Vs. Perú, donde se interpretó que el debido proceso debía estar presente en cualquier juicio y en cualquier materia, ampliando las garantías clásicas del juicio penal a otros juicios como el administrativo.⁶⁷² Esto incluye a los procedimientos disciplinarios a los que son sometidos los jueces.

La Corte integró otra obligación internacional, ya que el debido proceso no solo debe ser respetado por el poder Judicial, sino por toda autoridad que ejerza facultades jurisdiccionales, como algunas autoridades administrativas o en casos excepcionales, el poder Legislativo en conformidad del Artículo 8.1 de la Convención Americana.⁶⁷³ De esta manera, cualquier procedimiento disciplinario que sea llevado en contra de un juez, debe ser llevado con prontitud e imparcialidad, asegurando el derecho del juez a una instancia judicial con la que pueda defenderse, sumado a lo anterior, el escrutinio disciplinario al juez deberá ser confidencial al menos que el juez solicite que sea público.⁶⁷⁴

Una vez dispuestos los parámetros generales, la Corte IDH se enfrascó en analizar la violación del artículo 8 por parte del Estado peruano, asumiendo que el primer derecho violado fue el de ser oído y en base a ello, se determinó la violación al debido proceso. Al respecto se mencionó que los magistrados deben contar con un proceso que reúna las garantías mínimas del debido proceso establecidas en la Convención. Entre ellas el derecho de las víctimas a ser oídas por el órgano que emitió la decisión y, su derecho a participar en el proceso.⁶⁷⁵

⁶⁷⁰ *ibidem*, párrafo 123.

⁶⁷¹ “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. “_Convención Americana de los Derechos Humanos, artículo 8.1 , Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm”

⁶⁷² Corte IDH, Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú, *cit.*, párrafo. 70.

⁶⁷³ *ibidem*, párrafo. 71 y 74.

⁶⁷⁴ *ibidem*, párrafo. 74.

⁶⁷⁵ *ibidem*, párrafo 81.

Las garantías procesales serían definidas con posterioridad, por ejemplo, en el caso Reverón Trujillo Vs Venezuela,⁶⁷⁶ una de las garantías aludidas fue el derecho a ser oído, el juez buscará resolver la disputa por la que fue requerido ante autoridad que así lo mande. Es así como surgen dos obligaciones, la primera es respaldada en el derecho de cada individuo a ser juzgado por un juez imparcial, el cual dictará sentencia únicamente conforme a derecho. La segunda obligación, corresponde a la necesidad vigilar la existencia de la independencia judicial, sancionando a quienes intervengan indebidamente en la resolución un caso, sumado a ello, se debe mencionar que el Estado no debe de realizar estas intervenciones bajo ninguna circunstancia.⁶⁷⁷

El desarrollo de este tópico fue progresivo siendo así que en la sentencia del Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela,⁶⁷⁸ se mencionó que las garantías judiciales consagradas en el artículo 8.1 de la Convención Americana, conforman el debido proceso legal, siendo estos requisitos necesarios para que cualquier persona pueda defenderse de cualquier violación potencial a los derechos humanos. Asimismo, se volvió hacer hincapié que el debido proceso debe de observarse en procesos de naturaleza judicial que muchas veces son llevados por autoridades no judiciales, como lo puede ser la administración pública en diversas materias como la rama laboral, fiscal o administrativa, señalando que la autoridad, sea cual sea su naturaleza, tiene limitantes cuando ejerce cierta función jurisdiccional. También, se mencionó que cualquier acto de autoridad que tenga por fin iniciar un proceso disciplinario, iniciar una investigación a causa de este, o en su caso, dictar alguna sanción que separe del cargo al juez, debe estar debidamente motivado, de tal manera que permita a la autoridad disciplinaria llegar a una conclusión objetiva y sostener cualquier acto del cual esté facultado.

Por ende, la obligación de motivar y fundamentar las resoluciones judiciales se convierte en una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, protegiendo el derecho de los ciudadanos, y en especial los jueces, a ser juzgados por las razones que el derecho suministra, otorgando credibilidad a las decisiones de cualquier órgano con facultad para realizar actos judiciales, de lo contrario, caerían en arbitrariedad.⁶⁷⁹

⁶⁷⁶ Corte IDH, Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. *cit.*, párrafo. 146.

⁶⁷⁷ *idem.*

⁶⁷⁸ Corte IDH, Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, *cit.*, párrafo 115.

⁶⁷⁹ *ibidem*, párrafo. 118.

Debido a ello, la argumentación de un fallo judicial o acto administrativo, debe permitir conocer cuáles fueron los hechos o motivos por los cuales se inició el proceso disciplinario, y al mismo tiempo, dar a conocer que normas les asisten para dictar ese fallo u acto administrativo, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad.

Asimismo, la motivación hace a este tipo de decisiones sean recurribles, lo que proporciona al afectado la posibilidad de impugnar la resolución y lograr una nueva revisión de la primera decisión, ante instancias superiores. Por ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso.

En sentencias posteriores como la del caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador, la Corte IDH utilizó de referencia las observaciones del Comité de Derechos Humanos, aludiendo la necesidad de observar los requisitos básicos del debido proceso para los casos de destituciones, ya que de no ser observadas, se vulneraría el derecho al debido proceso establecido en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que es homólogo del artículo 8 de la Convención Americana, entonces, el debido proceso se interpretaría en conexidad con el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas del país amparado por el artículo 25.c Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁶⁸⁰

En resumen, podemos argumentar que el derecho a un recurso judicial efectivo no se puede entender sin las garantías judiciales propias de cualquier proceso. No basta con la simple contemplación de dicho recurso en la ley, sino que este debe ser verdaderamente efectivo con el objetivo de enfrentar y reparar violaciones graves de derechos humanos, dicho recurso, además, debe ser rápido y sencillo. Esta interpretación debe ser aplicada para los procesos disciplinarios en los cuales los jueces estén involucrados, ya que en algunas ocasiones son cesados por cuestiones políticas y no jurídicas, desembocando en un ejercicio de poder arbitrario. Por ende, es necesario colocar límites al poder despótico, estableciendo que sus decisiones sean revisadas por una autoridad judicial imparcial e independiente, libre de cualquier injerencia externa. De esta manera se fortalece el Estado constitucional de derecho y la consolidación de un régimen democrático.

⁶⁸⁰ Corte IDH, Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador, cit., párrafo. 152.

La última sentencia de interés respecto del debido proceso, es la procedente del caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador,⁶⁸¹ ya que el parámetro se desmarca de la típica destitución de los órganos típicos como los Consejos Judiciales y ponen en tela de juicio a las destituciones por órganos políticos, como lo es el realizado por el poder Legislativo. Esto es preocupante, ya que muchas veces estos órganos políticos carecen de reglas precisas para poder juzgar e imponer sanciones, debido a ello, sus resoluciones y sanciones son arbitrarias, descomponiendo el Estado de derecho. A pesar de que estos órganos cumplen funciones de carácter político, en algunas ocasiones pueden realizar funciones jurisdiccionales, como es el caso del juicio político o declaración de procedencia, figuras jurídicas que deben ser revestidas de las garantías judiciales mínimas, existiendo una obligación internacional de respeto al debido proceso.

De esta manera y como lo menciona la Corte Interamericana, el juicio político debe ser una medida excepcional para destituir a los jueces o magistrados, pero nunca un instrumento político al servicio de las mayorías para asfixiar los contra pesos del poder. Siendo así que el congreso deba actuar con imparcialidad y respetando un debido proceso, el cual tenga claro las razones objetivas imputables a la conducta de un juzgador.⁶⁸²

4.2.4 Reparación

En caso de violación de derechos humanos, el Estado debe de reparar a las víctimas de manera integral. Esta tiene dos características esenciales, siendo, por un lado, una obligación internacional que constituye una restitución y un restablecimiento a una situación anterior, la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, el pago de la indemnización por los daños patrimoniales y extra patrimoniales incluyendo el daño moral. Asimismo, también puede concebirse como un derecho que tienen las personas que hayan sufrido una transgresión en sus derechos humanos. Carlos Pelayo menciona que la reparación integral tiene tres finalidades, 1) Garantizar el goce de derechos y libertades previsto en el *corpus iuris* interamericano, 2) Reparar las consecuencias de las violaciones cometidas por agentes privados o estatales; y 3) Ordenar el pago de una indemnización justa.⁶⁸³

⁶⁸¹ Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador, cit. párrafo. 73.

⁶⁸² *Ibidem*, párrafo. 80.

⁶⁸³ Pelayo Möller, Carlos María, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "obligación de respetar los derechos" en Christian Steiner y Marie-Christine Fuchs (comps), *Convención americana sobre Derechos Humanos*, 2ª ed., Bogotá Colombia, Konrad Adenauer Stiftung, 2019, p. 18.

La ONU ya ha mencionado la importancia de la reparación integral respecto de la destitución de los jueces.⁶⁸⁴ Tal organismo dispone debe garantizarse algunas medidas de reparación, tales como la restitución del cargo en el que se encontraba el juez al momento de ser destituido arbitrariamente, la rehabilitación, compensación económica y otras medidas no materiales como; memoriales públicos, garantías de no repetición, adecuación de los ordenamientos internacionales a los ordenamientos internos, etc.

A) Reparación económica.

Respecto de este tipo de reparación, la Corte Interamericana ha logrado establecer por medio de sus sentencias, un gran trabajo jurisprudencial respecto de los casos de destitución judicial, partiendo de disposiciones específicas que consideran al juez como víctima de una violación de derechos humanos. Para ello, esta investigación solo abordará tres sentencias respecto del tema, *Apitz Barbera Vs. Venezuela*, *Reverón Trujillo Vs. Venezuela* y *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*.

La sentencia respectiva a el caso *Apitz Barbera*, trajo a colación la reparación integral como principio de derecho internacional, así como una obligación internacional que el Estado venezolano debía acatar, derivada del artículo 63.1 de la Convención Americana.⁶⁸⁵ Asimismo, la Corte Interamericana consideró que los sujetos a los que se les ha de reparar la violación de sus derechos humanos, son aquellos que han sido reconocidos y declarados como víctimas de un acto al amparo del Estado que haya terminado por violentar la Convención Americana de Derechos Humanos.⁶⁸⁶

Una vez identificadas a las víctimas, se procede a verificar el tipo de daño que ha sufrido, siendo este de dos tipos. Para el caso de los jueces se calificó en un primer momento que habían sufrido un daño material, lo que representa una afectación a los beneficios económicos dejados de percibir, los daños al patrimonio y las prestaciones laborales que, al efectuarse, golpean duramente la calidad de vida de una persona.

En el caso *Apitz Barbera Vs. Venezuela*, se menciona con claridad algunos ejemplos de este tipo de daño, recayendo sobre los salarios dejados de percibir.⁶⁸⁷ Una vez indicado el daño,

⁶⁸⁴ Organización de las Naciones Unidas, *A/HRC/ 26/32, cit.*, párrafo 99.

⁶⁸⁵ Corte IDH, *Caso Apitz Barbera Vs. Venezuela, cit.*, párrafo 224.

⁶⁸⁶ *ibidem*, párrafo. 229.

⁶⁸⁷ Corte IDH, *Caso Apitz Barbera Vs. Venezuela, cit.*, párrafo. 235.

se buscan las maneras en las que se llevará a cabo la reparación, para este caso se dictó que debían de pagarse salarios caídos y estos a su vez, debían ser tasados conforme a los aumentos salariales del momento. Para este fin, se deben aportar pruebas objetivas que acrediten la remuneración económica que dejó de percibir, recordando que la inamovilidad del juez no solo es garantía de la democracia constitucional, sino que también recae en un régimen laboral del mismo. Si bien, en dicho caso no se presentó prueba alguna, la Corte actuó de buena fe, mencionando que sí existían prejuicios económicos y, por lo tanto, se debía dar una indemnización material de los daños que constó en \$48,000 dólares americanos. Este criterio fue muy innovador en su tiempo y serviría como precedente para casos similares, donde estuvieran involucrados violación de derechos humanos de jueces y magistrados.⁶⁸⁸

En casos posteriores como el caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, se repitió un criterio similar, partiendo de los salarios caídos que dejó de percibir el funcionario judicial destituido, sumado el régimen de prestaciones sociales por el tiempo trabajado como juez, los cuales debían ser pagados desde que se separó del cargo hasta la fecha en que fue expedida la sentencia por parte de la Corte Interamericana, dichos dispendios debían pagarse sin importar si el juez era provisorio o de planta, y debía ser realizado sin demora.⁶⁸⁹

B) Reintegración del cargo.

La reintegración en el cargo es considerada como otra medida para garantizar el derecho a la reparación integral por daño material, sobre todo para el caso de los funcionarios judiciales, separados de su cargo de manera arbitraria. Esta no debe hacer distinciones respecto de los tipos de jueces, ya sean estos provisionales o titulares. Asimismo, debe de hacerse considerando el rango que gozaba el juez en el momento de la destitución y el salario que percibía en el momento en que fue destituido, adecuándolo a los parámetros actuales.

La Corte Interamericana para el caso Apitz Barbera Vs. Venezuela, interpretó que existe una relación entre la estabilidad y la reintegración del juez, siendo que esta medida de reparación debe aparecer cuando sea violada la garantía de permanencia en el cargo judicial.⁶⁹⁰ Por lo tanto, el Estado deberá reintegrar a las víctimas al cargo que ocupaban en el momento que fueron destituidos, si estas así lo desean. En caso de que el Estado venezolano no lo hiciera en un plazo

⁶⁸⁸ *ibidem*, párrafo. 236.

⁶⁸⁹ Corte IDH, Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, *cit.*, párrafo. 184.

⁶⁹⁰ Corte IDH, Caso Apitz Barbera Vs Venezuela, *cit.*, párrafo. 246.

de seis meses, debería pagar una indemnización económica al afectado, por un monto de \$100,000 dólares estadounidenses, a cada una de las víctimas, en un plazo de año y medio.

En un caso subsecuente como *Reverón Trujillo Vs Venezuela*, se volvió a repetir el mismo criterio.⁶⁹¹ en la reincorporación en un cargo de igual jerarquía al que tenía el juez cuando fue removida de su cargo, dicha reparación fue solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Para el Caso *Chocrón Chocrón Vs Venezuela*, se mencionó que ante una remoción arbitraria de un juez lo que procede es su reincorporación. Tomando el ejemplo del caso *Reverón Trujillo*, se señaló que el reintegro inmediato ante una remoción arbitraria constituye la medida menos lesiva para satisfacer las finalidades que pretende la reestructuración judicial como la garantía de inamovilidad inherente a la independencia judicial y se indicó que ello es así, puesto que, de lo contrario, los Estados podrían remover a los jueces e intervenir de ese modo en el Poder Judicial sin mayores costos o control.⁶⁹²

Si bien, en líneas anteriores se ha hecho alusión al daño tangible y cuantificable, calificado como daño material, también es importante señalar que no es el único tipo de daño que se ha estipulado. También se ha hablado del daño inmaterial, el cual se ha caracterizado por no ser visible, atribuido a perjuicios morales, daño psicológico o el daño a la fama pública. La Corte IDH ha expuesto algunos ejemplos de reparación del daño inmaterial para los jueces. Por ejemplo, en el Caso *Apitz Barbera Vs. Venezuela*, se aclaró que cuando se ha de realizar una reparación, el primer elemento a tomar en consideración es la publicación de la sentencia, ya que dicho instrumento repara los daños morales, por sí misma, sin embargo, hay que estudiar los hechos determinantes del caso para poder conocer más a fondo el daño sufrido y conforme a ello buscar una reparación integral a la víctima. Para este caso en concreto se identificaron daños inmateriales, consistentes en perjuicios morales padecidos por las víctimas como consecuencia de las violaciones cometidas en su contra, las ofensas a las que fueron sometidas, la falta de respuesta judicial a sus reclamos y las restantes consecuencias de orden no pecuniario que padecieron.⁶⁹³

Para reparar este tipo de daño, la Corte consideró que el Estado venezolano debía pagar por concepto de daños inmateriales, la cantidad de \$40,000 americanos o su equivalente en

⁶⁹¹ Corte IDH, Caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, *cit.*, párrafo. 159.

⁶⁹² Corte IDH, Caso *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*, *cit.*, párrafo. 152.

⁶⁹³ Corte IDH, Caso *Apitz Barbera VS Venezuela*, *cit.*, párrafo. 242.

moneda nacional. Fijando un año de plazo para pagar, a partir de la notificación de dicha Sentencia.⁶⁹⁴

En casos posteriores como el caso Reverón Trujillo Vs Venezuela, se mencionó que el daño inmaterial es evidente, ya que toda persona que sufre una violación de derechos humanos padece un sufrimiento causado por tal intromisión, por lo tanto, la reparación no solo debe constar en un pago económico, sino en otras medidas distintas que deberán ser identificadas para el caso concreto.⁶⁹⁵ En este sentido, los hechos que dieron pie al caso Reverón, permitieron identificar el daño inmaterial, consistente en el daño psicológico y en consecuencia físico, sufrido por la señora Reverón, sin embargo, no pudo identificarse el grado de afectación, pero aun así, el Tribunal ordenó al Estado venezolano que pagara la cantidad de \$30,000 dólares americanos o su equivalente en moneda nacional, se dio un plazo de un año a partir de la notificación de la sentencia para efectuar el pago.⁶⁹⁶

Para el Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, se mencionó un criterio similar, indicando que algunos daños inmateriales se pueden extraer de la declaración de la víctima, sin siquiera presentar exámenes de algún tipo que lo prueben, ya que el daño inmaterial es perceptible por aquella persona que la sufre.⁶⁹⁷

C) Publicación de la sentencia.

Como ya se ha mencionado anteriormente, la publicación de la sentencia es una forma de reparación por sí misma. Esta suele variar dependiendo del caso en concreto, por ejemplo, en el caso Apitz Barbera Vs. Venezuela se indicó que la emisión de la sentencia y su posterior publicación dentro del Diario Oficial venezolano, así como en un diario de amplia circulación, son suficientes medidas de reparación.⁶⁹⁸

Para el caso Reverón Trujillo, se ordenó con exactitud que se publicaran algunos párrafos de la sentencia, en especial, los que van de los números 63-128, del 138-141 y del 190-193, otorgando un plazo de seis meses para su cumplimiento.⁶⁹⁹

⁶⁹⁴ *idem*.

⁶⁹⁵ Corte IDH, Caso Reverón Trujillo Vs Venezuela, *cit.*, párrafo. 176.

⁶⁹⁶ *ibidem*, párrafo. 183.

⁶⁹⁷ Corte IDH, Caso Chocrón Chocrón Vs Venezuela, *cit.*, párrafos. 190 y 191.

⁶⁹⁸ Corte IDH, Caso Apitz Barbera Vs Venezuela, *cit.*, párrafo. 250.

⁶⁹⁹ Corte IDH, Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela, *cit.*, párrafo. 195.

Por último, en el caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela se indicó puntualmente, como debía ser publicada la sentencia y en donde, indicando paso por paso el proceso que debía observar en la publicación: Primeramente, el resumen oficial de la presente sentencia elaborado por la Corte, debía ser publicada por una sola vez, en el Diario Oficial; en segundo lugar, el resumen oficial de la presente sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y por último, y por un período de un año, en un sitio *web* oficial.⁷⁰⁰

D) Adecuación al ordenamiento interno y medidas de no repetición.

La adecuación del ordenamiento interno es una obligación internacional que parte del artículo 2 de la CADH, el cual establece que el ordenamiento jurídico interno debe estar en conformidad y armonía con lo establecido en la Convención Americana, de la cual los Estados son parte. Dicho artículo se ha de interpretar en conjunto con el artículo 1 de la Convención Americana, el cual obliga a los Estados a respetar los derechos reconocidos por ellos mismos. Resultado de lo anterior, el ordenamiento interno debe ser adecuado a los parámetros internacionales. La adecuación debe ser hecha tomando en cuenta las consideraciones de la Corte Interamericana, por medio de sus procedimientos constitucionalmente válidos.

Para ejemplificar el caso de los jueces, está el caso Apitz Barbera Vs Venezuela, donde ya habían existido intentos por establecer un código de ética y disciplina para jueces venezolanos, lamentablemente nunca fue llevado a cabo por la Asamblea Nacional de aquel país, es por ello que la Sala Constitucional venezolana declaró que existía una inconstitucionalidad por omisión legislativa y en consecuencia se ordenó la publicación de dicho código al poder Legislativo. Desde esa sentencia constitucional pasaron 9 años, en los cuales se hizo caso omiso al tribunal, por lo tanto, la Corte Interamericana basándose en el artículo 2 de la Convención Americana, mencionó que debería establecerse dicho código de ética y disciplina del juez, el cual debería garantizar la imparcialidad del órgano disciplinario, permitiendo que sus miembros puedan ser recusados, además, dicho órgano debía de proteger su independencia, regulando un adecuado proceso de nombramiento de sus integrantes y asegurando su estabilidad en el cargo.⁷⁰¹

Esta obligación específica, dispuesta en dicha sentencia, no sería cumplida, siendo que el Estado venezolano no expidió código alguno, por lo tanto, la Corte Interamericana aprovechó la sentencia del caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela, para volver a ordenar que se publicara dicho

⁷⁰⁰ Corte IDH, Caso Chocrón Chocrón Vs Venezuela, *cit.*, párrafo. 185.

⁷⁰¹ Corte IDH, Caso Apitz Barbera Vs Venezuela, *cit.*, párrafo. 253.

código.⁷⁰² Además, la Corte mencionó que el Estado venezolano no garantizó la independencia judicial, puesto que sus normas y prácticas internas, no aseguraban ninguna garantía de inamovilidad a los jueces provisorios, por ende, se sentenció a que el Estado venezolano adecuara su legislación interna a la Convención Americana, a través de la modificación de las normas y prácticas que permitían la libre remoción de jueces provisorios.⁷⁰³

La sentencia volvería a ser cumplida medianamente y reaparecería en forma de condena al Estado venezolano en el caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela,⁷⁰⁴ donde fue realizado un peritaje especial para conocer el cumplimiento de las sentencias anteriores, determinando que ya se había expedido el código de ética para los juzgadores, pero este no había sido implementando, dando parte a una omisión en la creación de los Colegios Electorales y el adecuado nombramiento de jueces disciplinarios.

Por ello, la Corte ordenó que el código fuera implementado a la brevedad a fin de garantizar la imparcialidad, independencia y estabilidad de los órganos disciplinarios pendientes de creación. El tribunal mencionó que esta debería garantizar la imparcialidad del órgano disciplinario, permitiendo, que sus miembros puedan ser recusados, asimismo garantizar un adecuado proceso de nombramiento de sus integrantes y asegurar la estabilidad en el cargo.⁷⁰⁵

E) Gastos y costas.

Por último, se ha de mencionar otra de las medidas de reparación respecto del daño material. Llamado pago de costas y gastos, figura que comprende el gasto económico realizado por las víctimas para acceder a un sistema internacional de justicia, el cual el Estado deberá reponer.

Respecto de este tema en relación con los jueces, la Corte Interamericana ha mencionado que está facultada para realizar el diagnóstico del daño económico que representó el acceso a su jurisdicción, tomando en consideración las pruebas aportadas por la víctima, sin embargo, suele suceder que estas no aportan las pruebas requeridas, por lo tanto, el tribunal suele otorgar una indemnización tentativa, como sucedió en el Caso Apitz Vs. Venezuela de conformidad con el artículo 63.1 de la Convención Americana, donde se estableció la responsabilidad internacional

⁷⁰² Corte IDH, Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela, *cit.*, párrafos. 189 y 191.

⁷⁰³ *ibidem.*, párrafos. 192 y 193.

⁷⁰⁴ Corte IDH, Caso Chocrón Chocrón Vs Venezuela, *cit.*, párrafo. 163.

⁷⁰⁵ *Idem.*

de la compensación de las erogaciones personales de las víctimas, el cual debía ser analizado por la Corte Interamericana, partiendo de los gastos realizados en la jurisdicción interna, así como los gastos generados en la jurisdicción internacional, teniendo además en cuenta, los hechos del caso y las circunstancias concretas.⁷⁰⁶ Tales apreciaciones deben ser calculadas conforme el principio de equidad, buscando que lo que se deba pagar, sea razonable y nunca desproporcionado.

En posteriores sentencias se irían agregando algunos elementos al pago de gastos y costas, por ejemplo, en la sentencia correspondiente al caso *Reverón Trujillo Vs Venezuela*,⁷⁰⁷ se dispuso que los gastos y costas no solo están en función de lo gastado en el juicio, sino que también pueden contemplarse gastos futuros para confrontar la supervisión del cumplimiento de la sentencia. Para ser más precisos respecto de lo que comprende el concepto de gastos y costas, se encuentra el caso *Chocrón Chocrón Vs Venezuela*, donde se describieron los elementos que conforman este concepto, por ejemplo, el pago del abogado, los viajes de traslado, las pruebas, servicios de comunicación, los tramites respectivos, así como los gastos futuros, respectivos a la supervisión del cumplimiento de la sentencia.⁷⁰⁸

Hasta ahora solo se ha hablado de las condiciones personales del juez, que se pueden traducir en un régimen laboral y garantías judiciales para su pleno funcionamiento. Sin embargo, se ha omitido las condiciones institucionales que aseguren el funcionamiento de la jurisdicción, por ende, se analizará a continuación.

4.3 Condiciones para el poder Judicial.

Para el correcto funcionamiento de la independencia judicial es de imperiosa necesidad contar con condiciones institucionales mínimas las cuales permitan el pleno funcionamiento del poder Judicial. En pocas palabras, se necesita tener las circunstancias óptimas para darle un soporte institucional a todo un poder, permitiendo desempeñar su tarea jurisdiccional sin la intervención de agentes de la misma judicatura o de poderes externos. Estas condiciones dan cuerpo a la verdadera independencia judicial.

Para Alejandro Nieto, las condiciones del poder Judicial se respaldan en una independencia judicial institucional, la cual implica que el poder Judicial se mueva en un ámbito competencial cerrado, lo que prohíbe que dicho poder pueda actuar en las decisiones de otros

⁷⁰⁶ Corte IDH, *Caso Apitz Barbera Vs Venezuela*, *cit.*, párrafo. 257.

⁷⁰⁷ Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, *cit.*, párrafo. 202.

⁷⁰⁸ Corte IDH, *Caso Chocrón Chocrón Vs Venezuela*, *cit.*, párrafos. 197 y 198.

poderes y viceversa, con lo que se garantiza una sana división de funciones.⁷⁰⁹ Por otra parte, los profesores Alberto M. Binder y Leonel Gonzales Postigo, mencionan que las condiciones mínimas para que el poder Judicial pueda funcionar de manera independiente, deben provenir de la organización autónoma de los jueces.⁷¹⁰ Esta debe ser tratada como una organización estatal, compuesta por oficinas, funcionarios, empleados, rutinas y procesos de trabajo, que no tiene otra finalidad que asegurar la independencia de los jueces. El poder Judicial debe ser organizado y administrado por los mismos jueces, por ello, el organismo administrativo debe tomar forma en un Consejo Judicial que pueda llevar a cabo una defensa de la independencia judicial institucional. Y de esta manera, proteger sus funciones autónomas, propias de un gobierno judicial.

4.3.1 Gobierno Judicial

La idea de un gobierno judicial puede parecer rara, ya que formalmente el poder Judicial no ejerce ninguna función de gobierno, no obstante, la idea de gobierno es muy propia para definir funciones del poder Ejecutivo en cuanto a la administración del Estado. Por lo tanto, se suele usar este término en relación al poder Judicial, quien es encargado de crear políticas públicas para los jueces, magistrados y trabajadores de la judicatura en general.

Los profesores Binder y Gonzales han referido que el gobierno judicial responde al hecho de que la Judicatura forma parte de un sector administrativo, el cual funciona en conjunto, y no de forma individual.⁷¹¹ Por ende, el concepto de gobierno judicial, está separado del de administración de justicia, ya que este último término evoca a la actividad ordinaria jurisdiccional del Estado y no a su administración.

Así, el gobierno judicial cumple dos funciones administrativas que resultan fundamentales. La primera de ellas es la asignación del presupuesto y la segunda es la garantía de la autonomía administrativa, entre los ejemplos más claros, encontramos la creación de nuevos puestos del poder Judicial, así como la gestión de recursos humanos.

Alejandro Nieto atribuye al Consejo de la Judicatura español, la función que debe desempeñar un gobierno judicial, ya que tiene competencia para aplicar actos disciplinarios a los jueces, además se le reconoce la autoridad para expedir reglamentos, función típica del

⁷⁰⁹ Nieto, Alejandro, *El desgobierno Judicial*, cit., p. 152.

⁷¹⁰ M. Binder, Alberto y Gonzales Postigo, Leonel, *Gobierno judicial independencia y fortalecimiento del poder judicial en América Latina*, Santiago de Chile, Chile, CEJA-JSCA/ Global Affairs Canadá, 2018, p. 21.

⁷¹¹ *Ibidem.*, p. 21-23.

Ejecutivo.⁷¹² El profesor español identificó una manera especial de constituir el gobierno judicial en la sentencia 108/1986 del Tribunal Constitucional español, la cual advierte del peligro de un gobierno judicial manipulado por el Ejecutivo, quien tiende a tratar de controlar la judicatura con el fin de moldear las sentencias a su favor, por medio de ascensos y nombramientos, se asegura lograrlo. Para evitarlo y contrarrestar esto, se debe garantizar un auténtico autogobierno judicial, por medio de organismos autónomos con capacidad institucional, política y técnica, para limitar cualquier injerencia indebida.

Para Binder y Gonzales existen dos tipos de gobierno judicial. El primero de ellos implica un fortalecimiento de las cúpulas de poder político, la cual puede presionar cada juez en lo particular.⁷¹³ Un Estado constitucional rechazaría este tipo de gobierno judicial; sin embargo, existe otro régimen de gobierno judicial, el cual, a diferencia del otro, busca utilizar el conjunto de recursos institucionales y económicos, para ponerlos al servicio de la función judicial en una sola institución, lo que garantizaría una protección institucional de independencia judicial.

Esta institución cumple con diversas tareas específicas que complementan las tareas judiciales de administrar y sancionar jueces, como la planificación del desarrollo del servicio judicial, el control general de gestión, la supervisión de la ejecución presupuestaria, la comunicación con la sociedad y las relaciones con otros poderes del Estado. Tales ocupaciones, sirven para preservar la función organizacional del poder Judicial, debiendo modificarse cada cierto tiempo con el fin de responder a las necesidades de una sociedad determinada.

4.3.2 Autonomía presupuestaria

El presupuesto es un elemento básico para el funcionamiento de cualquier institución, como lo es el poder Judicial de cualquier Estado en el mundo, por lo tanto, es necesario que se garanticen estos fondos, los cuales deben ser gastados en las necesidades institucionales de la Judicatura. Se corre un grave peligro de la autonomía institucional en su dimensión externa e interna, cuando no se otorga el presupuesto suficiente para el funcionamiento del poder Judicial, ya que por lo general son otros poderes los encargados de designar el presupuesto por vía de la Legislatura o desde el poder Ejecutivo.

⁷¹² Nieto, Alejandro, *El desgobierno Judicial*, cit., p. 158

⁷¹³ M. Binder, Alberto y Gonzales Postigo, Leonel, *op. cit.*, pp. 24-25.

Por ello es de importancia aludir a la autonomía presupuestal con la que debe contar cualquier gobierno judicial. Los profesores Binder y Gonzales, entienden a esta autonomía “*como el proceso de elaboración, aprobación, ejecución, reasignación de partidas y control del presupuesto del Poder Judicial. Ciertamente, en este procedimiento intervienen un conjunto de instituciones pertenecientes al Poder Ejecutivo, el Parlamento e instancias internas de la Judicatura*”.⁷¹⁴

Para tener criterios más certeros respecto del tema, se debe de plantear la manera en que los organismos internacionales plantean el problema de la autonomía financiera. La ONU, ha mencionado que el problema se ha de abordar desde dos perspectivas diferentes. La primera, gira en torno al análisis del presupuesto y las maneras de garantizar este y la segunda, se respaldada en la administración de dichos fondos.⁷¹⁵

Para abordar la primera problemática satisfactoriamente, la ONU ha reconocido que existen distintos métodos marcados por la tradición institucional de un determinado Estado, para elaborar el presupuesto del poder Judicial. En todas estas prácticas los jueces deben de intervenir de distintas maneras, por ejemplo, en algunos Estados, “*el poder Judicial propone su proyecto de presupuesto directamente al órgano Ejecutivo encargado de las finanzas; en otros, las asignaciones presupuestarias se presentan a través del órgano Ejecutivo encargado de asuntos judiciales. En otros, los tribunales hacen sus propuestas directamente.*”⁷¹⁶ El Relator Especial menciona que los Consejos Judiciales deben ser los encargados de recibir las propuestas de los tribunales, preparar un proyecto consolidado de presupuesto del poder Judicial y presentarlo al poder Legislativo.⁷¹⁷ Una vez presentado, el poder Judicial debe de participar en los debates Legislativos, para exponer puntual y objetivamente, las necesidades institucionales de la Judicatura, aclarando las dudas de los legisladores. La ONU ha mencionado que lo anterior es una salvaguardia adicional para garantizar el presupuesto.⁷¹⁸

Por último, el Relator menciona que los únicos que deben de consentir el proyecto presupuestal son los miembros del poder Judicial y resalta que la reducción presupuestal obstaculiza la administración de justicia, junto con la demora de los nombramientos de jueces y

⁷¹⁴ *ibidem*, p. 339.

⁷¹⁵ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/11/41/, *cit.*, párrafo. 38.

⁷¹⁶ *ibidem*, párrafo. 39.

⁷¹⁷ *idem*.

⁷¹⁸ *ibidem*, párrafo. 40.

magistrados. Sin duda, estas son de las razones que justifican la autonomía presupuestaria.⁷¹⁹ El Relator Especial concede gran importancia a las salvaguardias establecidas para garantizar que las partidas presupuestarias sean asignadas para financiar a los tribunales en el ejercicio fiscal en curso o en el próximo.⁷²⁰

Una vez aclarados los puntos más generales, cabría preguntarse cuáles son las pautas para poder calcular el presupuesto. Muchas veces estas reglas son inexistentes en las judicaturas nacionales, aun así, son de gran relevancia para entender el monto presupuestal que debe otorgarse.

La ONU mencionó que para la conformación del presupuesto judicial se deben utilizar indicadores claros que puedan mostrar como es el servicio prestado por el poder Judicial, su funcionamiento y sus necesidades, facilitando así, la composición del presupuesto para el siguiente ejercicio fiscal.⁷²¹

Dichos indicadores han sido utilizados a nivel regional por la Unión Europea y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Los cuales han lanzado datos reveladores, midiendo dimensiones específicas y generales sobre el funcionamiento del poder Judicial, desde la composición del personal, su formación académica, su salario, el presupuesto asignado, hasta el nivel de independencia judicial.⁷²² Por poner algunos ejemplos de indicadores, el Centro de Estudios de la Justicia de las Américas ha dispuesto que existen indicios para desarrollar el proyecto presupuestal de manera objetiva, entre ellos destacan: - Porcentaje del gasto en justicia sobre el PIB. - Porcentaje del gasto en justicia sobre el gasto público total. - Porcentaje del gasto dedicado a pagos al personal, entre otros.⁷²³ Por ejemplo, en México se asigna el presupuesto en servicios generales, materiales y suministros, servicios profesionales, inversión pública, gasto en

⁷¹⁹ *ibidem*, párrafo. 41.

⁷²⁰ *idem*.

⁷²¹ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/32/34, Consejo de Derechos Humanos, 32º período de sesiones, Tema 3 de la agenda, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, párrafo. 54.

⁷²² *ibidem*, párrafo. 55.

⁷²³ Pastor, Santos, *Cifrar y descifrar, manual para generar, recopilar, difundir y homologar, estadística e indicadores judiciales*, Chile, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas, 2005, p.34

muebles e inmuebles y transferencias, asignaciones, subsidios y otras ayudas. Para el año 2021 fueron asignados para estos rubros 63,178,622,895.00 de pesos.⁷²⁴

Estos suelen estar justificados en razones objetivas que parten de la información arrojada del análisis de los problemas estructurales y pueden ayudar a realizar diagnósticos y soluciones para el poder Judicial, de esta manera, se lograría una mejor administración de los recursos de cada país.⁷²⁵ Asimismo, los indicadores sirven para justificar el presupuesto necesario para el funcionamiento del poder Judicial, sin embargo, al tratarse de una petición política y no meramente jurídica, se corre el riesgo que la petición sea ignorada o que se destinen menos recursos de los solicitados, impidiendo la labor judicial.

Si bien, el gobierno judicial puede realizar sus propios proyectos presupuestales, sigue siendo dependiente de la decisión de la asamblea Legislativa o el poder Ejecutivo, por lo tanto, se debe garantizar un presupuesto mínimo para el funcionamiento del poder Judicial, algunas propuestas en este sentido, indican que este recurso económico debe ser regulado por la Constitución.⁷²⁶ De esta manera, el texto constitucional podría asegurar en alguna cláusula un porcentaje de los ingresos nacionales, la cual debe hacerse sin retrasos injustificados que puedan dificultar el funcionamiento del poder Judicial.⁷²⁷

Aunado a ello, la ONU también marcó la pauta a las condiciones en las que se debe de entregar el presupuesto, siendo que este será dado sin demoras, retrasos o disminuciones, de lo contrario, estas acciones pueden causar una violación del principio número 7 de los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, mencionando que, “*Cada Estado Miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones.*” Por último, se debe mencionar que la autonomía presupuestaria no puede entenderse sin la autonomía administrativa, ya que una vez garantizados los recursos, este debe ser gastados en políticas administrativas, recursos humanos e infraestructura judicial.

⁷²⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Presupuesto asignado y ejercido, cierres del presupuesto de egresos por ejercicio fiscal, marzo de 2021. Disponible en: https://www.cjf.gob.mx/transparencia/resources/Presupuestoejercido/cierremensual/2021/Cierre_Transparencia_1Trim_2021.htm

⁷²⁵ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/32/34, cit., párrafo 56

⁷²⁶ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/23/43/Add.4, cit., párrafo 17.

⁷²⁷ *ibidem*, párrafo 58.

4.3.3 Autonomía administrativa.

Los profesores Binder y Gonzales, señalan que la autonomía administrativa se debe de entender como aquella gestión de la administración que fija y controla las políticas de gasto general que han de ser realizadas por los órganos de gobierno.⁷²⁸ Particularmente, se refiere a la generación y uso de sistemas de información, la infraestructura de la Judicatura, el diseño y gestión de los juzgados, junto con los mecanismos de control.

Pero antes de entrar en materia, se ha de explorar la naturaleza institucional de la autonomía administrativa. La ONU ha mencionado en el informe A/HRC/23/43/add.4,⁷²⁹ que la naturaleza administrativa de la jurisdicción está inmersa en los Consejos Judiciales, los cuales pueden desempeñar actividades administrativas, por lo tanto, se deben separar las funciones administrativas de las jurisdiccionales. La relatora recomendó que se separaran las funciones administrativas relativas a la carrera judicial de las funciones jurisdiccionales de la más alta instancia judicial de justicia.

La ONU también ha mencionado que en el mundo existen distintos regímenes de autonomía del poder Judicial, por un lado, las administrativas, concentradas en un órgano independiente, como es el caso de los Consejos Judiciales.⁷³⁰ Mientras que otros Estados, confían en un régimen meramente gubernamental controlado por el poder Ejecutivo, o un régimen mixto, donde el Ejecutivo tenga una injerencia limitada en conjunto de los Consejo Judiciales. Ambos regímenes deben rendir cuentas del presupuesto asignado, en todo momento, sin importar en que situación política se encuentre el país, de manera independiente y transparente, siempre vigilados por el órgano administrativo competente que pueda sancionar en caso de encontrar alguna inconsistencia.⁷³¹

En concordancia con lo anterior, la ONU propuso 3 alternativas para asegurar lo anterior. La primera de ellas, consistió en recomendar que se asigne un porcentaje mínimo fijo del producto interno bruto (PIB) al Poder Judicial en virtud de la Constitución o la legislación; en situaciones de crisis económicas nacionales graves, se otorgue alta prioridad a las necesidades del poder Judicial y el sistema judicial a la hora de asignar recursos. La segunda recomendación, consistió

⁷²⁸ M. Binder, Alberto y Gonzales Postigo, Leonel, *op.cit.*, p. 880.

⁷²⁹ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/2/43/Add.4, *cit.*, párrafo. 101.

⁷³⁰ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/11/41/, *cit.*, párrafo. 42.

⁷³¹ *ibidem*, párrafo. 43

en permitir la participación activa del poder Judicial respecto de la preparación de su presupuesto. Por último, se recomendó que los Estados deben confiar en la administración de los fondos asignados al sistema judicial directamente al poder Judicial o un órgano independiente encargado de este.⁷³²

La administración presupuestal no es la única rama de la autonomía administrativa, también comprende la planeación de la política judicial, la asignación de los recursos humanos y materiales, así como los diseños estructurales del poder Judicial, etc. La ONU ha establecido en sus observaciones que en algunos casos no existen normas claramente establecidas con respecto a las competencias de los Consejos Judiciales respecto de los temas anteriormente planteados.⁷³³ Sin embargo, el sistema universal notó que en algunas normas regionales se recomendó que los Consejos Judiciales tuvieran responsabilidades generales con respecto a la administración del sistema judicial y la asignación de recursos presupuestarios a los distintos tribunales, mientras que en otras solo se previó que los demás poderes del Estado consulten a los Consejos Judiciales sobre estas cuestiones.⁷³⁴ Es así que, por medio de leyes se busca conferir competencia a los Consejos Judiciales con el fin de que puedan ejercer el presupuesto y practicar una administración con plena autonomía.

Asimismo, los Consejos Judiciales están obligados a proporcionar la información requerida de su actuación como órgano de gobierno judicial de manera transparente e imparcial, así, se asegura la base para la rendición de cuentas, no solo ante los demás poderes públicos o dentro de la Judicatura, sino también hacia la población. La información debe ser proporcionada a petición individual o en informes periódicos, presentada ante las autoridades fiscales correspondientes para su estudio.⁷³⁵

Lo anterior es de gran importancia, sin embargo, suele ser obstaculizado cuando los Estados no cuentan con los suficientes recursos económicos para asegurar el buen funcionamiento del poder Judicial. Por ende, los Estados deben asegurar el presupuesto del poder Judicial, en el ámbito de sus capacidades. La ONU ha notado este problema, por ello, mencionó que cualquier decisión presupuestal que se tome, debe estar en conformidad con los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, así como las normas regionales en la materia, con el fin de

⁷³² *ibidem*, párrafo. 101 inciso A).

⁷³³ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/38/38/, cit., párrafo. 55.

⁷³⁴ *idem*.

⁷³⁵ *ibidem*, párrafo. 59.

asegurar, en el límite de sus capacidades estatales, los recursos adecuados para que la Judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones. Sin embargo, *“el Comité de Derechos Humanos lamentó que la falta de recursos humanos y materiales fuera un aspecto que pudiera socavar la independencia del poder Judicial”*.⁷³⁶

El relator continuó subrayando la importancia de que existan recursos humanos y materiales suficientes para el buen funcionamiento de la justicia. Además, señaló que en algunos países se asignaba una proporción insignificante del presupuesto al poder Judicial, lo cual tenía como consecuencia escasez de jueces y tribunales, sueldos bajos y condiciones materiales inaceptables.⁷³⁷

Por consiguiente, se recomendó que se destinara un porcentaje mayor del presupuesto nacional a mejorar los recursos humanos y materiales del sistema judicial. En algunos países, se observaron diferencias significativas entre tribunales de distintas regiones en función de la disposición de las autoridades locales respectivas a apoyar su funcionamiento con recursos materiales. Es por ello que el Relator Especial hizo hincapié en que las autoridades centrales, con el debido respeto a los sistemas federales de algunos Estados miembros, aseguren de que los tribunales dispongan de los recursos humanos y materiales necesarios para administrar justicia correctamente.

⁷³⁶ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/11/41/, *cit.*, párrafo 76

⁷³⁷ *ibidem*, párrafo. 77.

Conclusiones

Conclusión general:

1. A partir de lo anterior, se puede concluir que existe una relación necesaria entre los distintos conceptos utilizados con anterioridad en esta tesis. Por un lado, el Estado constitucional de derecho no podría existir sin la función judicial del juez constitucional y este a su vez, no podría emitir una interpretación constitucional sin una teoría argumentativa que avale la existencia del Estado constitucional y le permita extraer de la Constitución o los tratados internacional, los principios necesarios con el fin de colocar límites interpretativos ante otros principios, reglas o actuaciones estatales. De reconocer este vínculo, se permitiría materializar a la Constitución y colocar a los habitantes de un determinado Estado en el eje central del funcionamiento del mismo. El juez, por ende, se volvería pieza fundamental en la defensa de los derechos humanos y las instituciones democráticas, excluyendo cualquier intento mayoritario, apoyado en las viejas teorías legacentristas, de colocar a la voluntad de todos por encima de la de unos cuantos. Así como excluir actos que repugnan a la moralidad constitucional, garantizando con ello, la tan deseada, pluralidad democrática.
2. Se descubrió que lo anterior no sería posible, sin las condiciones institucionales mínimas, entre ellas la independencia judicial, si un juez no es libre para interpretar la Constitución y está sometido o condicionado por poderes externos a la Judicatura o interno a ella, será imposible que dicte una sentencia en conformidad a los principios constitucionales. Por ende, se hace necesario conceptualizar a esta figura de manera bifurcada, por un lado, la parte material, que dará luces y directrices de que debe permitirse y guiará la conducta de los Consejos Judiciales, Jueces u otros poderes, cuando las conductas no estén determinadas en una regla clara. Asimismo, se involucra al parte formal, que constituye a las facultades reconocidas en ley y que tendrá que guiarse a partir de la independencia judicial de corte material, con el fin de proteger a los jueces de los embates externos, respecto de otros poderes o dentro de la misma Judicatura. Por lo tanto, se puede hablar que una independencia vista desde una doble perspectiva, pero que, en conjunto, puede asegurar un campo de acción, lo suficientemente amplio para utilizar las técnicas y teorías requeridas para la resolución de un caso y al mismo tiempo, colocar la base de la base del Estado constitucional de derecho, por lo anterior existe una correlación entre el capítulo 3 y el 1 y 2.

3. Por último, se encuentran lo dispuesto en los tratados internacionales, así como las sentencias de órganos supranacionales, ambos instrumentos son muestra de lo anterior, y son de gran valor teórico, asimismo, compagina a la perfección con el concepto Estado constitucional de derecho, ya que dentro de una de sus características se encuentra la apertura de la soberanía, por lo tanto, tales directrices pueden ser integradas al ordenamiento interno en conformidad con la Constitución de cualquier país que permita tal proeza. De esa manera, se puede esbozar de los requerimientos mínimos de la independencia judicial determinado en un set de garantías mínimas que colocan la parte material en la estructura institucional, haciendo de la unión de los dos tipos de independencia judicial una realidad. Por lo tanto, aquí se encuentra la relación entre el capítulo 4 y todos los anteriores, que, sin duda, se convierte en un ejemplo a seguir y en una propuesta interesante, para la construcción de instituciones que aseguren la defensa de los derechos humanos y las instituciones democráticas.

Conclusiones específicas:

Primer capítulo:

1. La importancia de las tradiciones constitucionales y sus alternativas:

Por lo general en los estudios sobre los tópicos constitucionales se debe reconocer la importancia de todas las tradiciones constitucionales, que en mayor o menor medida han tenido un impacto en la vida constitucional de muchos países en el mundo, dándonos alternativas a los problemas constitucionales. México es un caso curioso, encerrado en sí mismo, por un tiempo fluctuaron las mismas viejas ideas nacionalistas de aferrarse a una tradición legacentrista en lo teórico, notándose una adecuación mal entendida del pensamiento kelseniano en obras de García Máynez para legitimar la coherencia y unidad del entonces recién nacido Estado mexicano contemporáneo. Sin embargo, la práctica fue muy distinta a la teoría, en las fauces del poder mexicano, siempre estuvo presente la figura del presidencialismo; el gobierno era decisión de un solo hombre. Esta manera de ver las cosas terminó siendo quebrada a partir del año 1994 y subsecuentemente hasta el 2011. Desde las primeras instituciones autónomas hasta la Reforma del año 2011, en materia de derechos humanos y amparo, las experiencias de otros sistemas y otras visiones teóricas, han sido fundamentales, sobretudo la postura del Estado Constitucional de derecho, concepto que en su mayoría retoma algunos elementos de la tradición norteamericana y en menor medida de la inglesa. Además de ser el modelo ideal de occidente, adoptado por

primera vez en Alemania e Italia, ha demostrado que es eficaz ante los embates del poder. Podemos concluir que existe la necesidad de estudiar los modelos alternativos, debido a lo limitado que son las perspectivas nacionalistas basadas en el legacentrismo y la ausencia de controles materiales del poder.

2. El nuevo Estado constitucional de derecho, una reformulación de los viejos tópicos:

Para la nueva adopción institucional del Estado constitucional de derecho, es necesario reformular las viejas figuras jurídicas de la clásica academia jurídica mexicana nacionalista, las cuales permanecieron pétreas por un buen tiempo. El primer elemento que debe ser reformulado es la soberanía nacional y la relación entre el gobernante y el gobernado. Hemos de denostar la falsa creencia de la formación de la voluntad popular y deshacernos de cualquier decisión mayoritaria que pueda sobreponerse a los principios axiológicos constitucionales, ya que los movimientos mayoritarios pueden representar un peligro para el orden constitucional, en especial en México; esto es traducible a la defensa de los derechos humanos por jueces constitucionales, ya sea de manera difusa o de manera concentrada limitan a estos grupos mayoritarios que suelen adjudicándose una legitimidad numérica. A ello sumamos la apertura del nacionalista muro jurídico, para integrar tratados internacionales que complementan al ordenamiento interno, lo que refuerza y establece vías externas de protección de los derechos humanos, aceptando que la finalidad última de los Estados es la protección de los individuos que se encuentran en su territorio. Esto nos lleva a la necesidad de constitucionalizar y en el sentido de la región latinoamericana “convencionalizar” todo el ordenamiento interno, haciendo del ordenamiento internacional una obligación para todos los operadores de todos los poderes de un Estado determinado, a ello me gustaría referir la posibilidad de la integración del *soft law*, siendo en principio no obligatorio, pero al ser adoptado por medio de la estructura de Estado constitucional, puede adquirir un sentido de obligatoriedad, más allá del de directriz. De lo anterior, podemos concluir que existe una necesidad imperiosa por reformular los viejos tópicos del constitucionalismo, concibiéndose como un campo abierto de nuevas respuestas posibles.

3. La relevancia del juez en la interpretación constitucional:

Debemos de concluir que el juez constitucional es un actor clave para la conformación del Estado constitucional de derecho, ya que, al decidir un asunto determinado, los jueces suelen interpretar principios derivados de la Constitución aplicándolos en materias que en

primera vista pudieron parecer que no tenían relación, como un caso de derecho familiar, sin embargo, la introducción al reconocimiento de los derechos humanos, ha hecho posible esto. De manera que cualquier juez al que se le haya reconocido la facultad para realizar el control de constitucionalidad, nacido de la tradición norteamericana, tiene la posibilidad de argumentar objetivamente con base en la Constitución, ya dependerá del caso que se trate si ha de argumentar sobre un derecho humano o en su caso, sobre un principio institucional, como puede ser el federalismo en relación a las competencias de los servidores públicos. En su caso también deberá reconocerse la función del tribunal constitucional de carácter concentrado, como lo son las Altas Cortes, las cuales resuelven la ausencia de principios constitucionales en los cuerpos legales o en su caso la contradicción de la Constitución con dicha normativa, expulsándola del ordenamiento jurídico.

Así mismo, los tribunales constitucionales son un contrapeso del poder mayoritario, ya que al resolver un caso en el que se involucren dos partes de la sociedad, a causa del reconocimiento de un derecho humano perteneciente a un grupo minoritario, se protege la Constitución y sirve como una válvula de escape para la presión social de grupos antagónicos, por nombrar un ejemplo, el caso del aborto.

4. La relevancia del conocimiento de los casos:

Aparejado a la conclusión anterior, podemos deducir que el juez constitucional debe de conocer libremente de los casos a su disposición, pudiendo tomar en consideración el hechos facticos que dan lugar a este, para pasar al estudio de la norma aplicable y por medio de la argumentación o alguna técnica de interpretación, poder vincular, de manera objetiva, estos dos elementos considerados teóricamente contrarios, pero que en realidad son subsecuentes y van unidos, sin esta conexión argumentativa, el juez no tendría posibilidad alguna de resolver cuestionamientos constitucionales, por ello deducimos que la metodología del *case law and the precedent*, es la opción más viable y el camino más lógico, dando paso al reconocimiento del labor judicial.

Segundo capítulo:

1. Las nuevas maneras de concebir al Estado y al derecho:

A partir de lo anterior, podemos concluir que las corrientes epistémicas del derecho han cambiado demasiado en los últimos 80 años, desde que se aceptó que la moral (entendida como una parte de la ética) podía constituirse en un valor axiológico, como lo es la libertad,

la igualdad, por poner un ejemplo. Siendo este el eje rector de las actividades del Estado. Aunado a ello, se integraron otros paradigmas, como el de la justicia redistributiva que ya había sido concebida en 1932 por grandes juristas como Gustav Radbruch y desarrollada en las instituciones políticas por Rawls, entramando un punto de partida para las concepciones de Dworkin y su forma más acabada en la teoría de Alexy. A partir de los años 70's comenzó un interés académico por reconocer la importancia de instancias no jurídicas, determinadas en el lenguaje y en la moral, las cuales habían sido descartadas por considerarse subjetivas e indeterminadas. Así, surgió la necesidad de reconocer ciertos valores de carácter universal y encontrar herramientas interpretativas para objetivizarlos.

2. La necesidad de quebrar con las viejas ideologías epistémicas:

Lo anterior, nos lleva a una conclusión contundente. ¡Abandonemos nuestra ideología epistémica! En la actualidad los fenómenos jurídicos ya no pueden ser entendidos desde posturas maniqueas que solo pueden ver en blanco y negro. Este es clásico ejemplo de los positivistas formales, que no pueden aceptar valores existentes con anterioridad del derecho y se convierten en cómplices cuando niegan la posibilidad de que el derecho pueda ser utilizado como instrumentos para la realización de los fines políticos injustificados. Por ello hay que reconocer que el derecho tiene una doble naturaleza, encontrando un punto medio en la combinación de una pretensión naturalista recubierta por un ordenamiento positivo, abriendo la puerta a un positivismo crítico, que funcione como criterio de autocorrección normativa, a través de la decisión judicial y en el establecimiento de políticas públicas tendientes a materializar los DESCAS.

3. Una cuestión de reglas y principios:

A partir de lo anteriormente descrito, podemos referir que los viejo métodos jurídicos que conciben todo asunto como si fuera una ley, han de ser abandonados. En coherencia con esta tesis, se ha de reconocer que todos los sistemas jurídicos están determinados en reglas y en principios. Dependerá mucho la postura del autor que se tome para determinar la manera en que responden los principios respecto de las reglas y viceversa. De esta forma, nace la obligación estatal de garantizar los mecanismos judiciales e institucionales necesarios, para poder materializar estos principios constitucionales. Así, se concluye la necesidad de adoptar estas nuevas ópticas para la interpretación y ejercicio del derecho.

4. La argumentación jurídica al respecto del caso, el hecho y el derecho:

En conjunto con la conclusión anterior, se hace de necesidad prioritaria disponer de un método que pueda unir los hechos de los casos y de manera inductiva, poder conectar con las normas constitucionales que les corresponda, asimismo, dependerá de si se trata de un caso fácil el cual siempre se repite o un caso difícil, contenedor de la interpretación de un principio. Si es de los primeros casos, no habrá mayor problema, porque el caso se adecua perfectamente a la norma, sin embargo, si el caso es del segundo tipo, habrá muchas dificultades para establecer un supuesto de hecho en una norma que no lo contempla, aquí entra la argumentación jurídica, de tal manera que se dote de cuerpo al principio, esclareciendo que se va a entender por tal o cual cosa e imponiendo un límite en conformidad de los hechos que dan pie al caso.

Tercer capítulo:

1. La importancia de los principios orgánicos como base del Estado constitucional:

Se concluye que los principios orgánicos constitucionales deben ser entendidos como la base institucional de toda organización democrática, sin estos no tendríamos la posibilidad de determinar si algo es o no es constitucional, por ejemplo, el federalismo, división de funciones, independencia judicial, etc. Sin embargo, muchas ocasiones, estos conceptos carecen de definición precisa y están formulados de manera abstracta, por lo tanto, están en la posibilidad de ser interpretados. De esta manera, se cimienta la base del control del poder, colocando limitantes materiales a las pretensiones individuales de todos los actores políticos, aunados a los que formalmente ya existían.

2. La independencia judicial como principio orgánico:

Se concluye que se hace necesario concebir a la independencia judicial como un principio material, que a primeras vistas puede sugerir una separación de los demás poderes del Estado, sin embargo, el tema es más profundo que eso. Su reconocimiento constitucional no dice mucho, ya que no se nos dice cuál ha de ser la manera idónea de entender la independencia judicial, y sus supuestos de aplicación.

3. La independencia judicial y el Estado constitucional de derecho:

La independencia judicial es un elemento clave para la consolidación del Estado constitucional de derecho, debido a que dicha concepción de Estado está cimentada en la razonabilidad del juez para dar respuestas a partir de la Constitución y poder llevar los valores constitucionales a todo el cuerpo estatal, sin embargo, la gran problemática surge cuando no existe esta independencia antes de ser interpretada; cuando un poder oficial o

extralegal impide, obstaculiza, o intenta limitar el activismo judicial, en casos donde el poder Judicial debe decidir sobre un tema de interés nacional que afecta las pretensiones de estos poderes. Se concluye que sin independencia judicial es imposible erigir un Estado constitucional de derecho.

4. La independencia judicial y sus dimensiones, la necesidad de una teoría de control del poder fáctico:

Para que la independencia judicial sea efectiva, debemos ser dividida en dos, la externa y la interna. El primer tipo abarca a los actores externos al poder Judicial, estos pueden ser los clásicos poderes estatales, tales como el Legislativo o el Ejecutivo que ya todos conocen, sin embargo, existen poderes no oficiales que detentan poder no reconocido por la ley o la Constitución, ejemplo de ello es el poder carismático, ideológico o el mediático. Estos poderes hacen todo lo posible para quebrar con los poderes estatales, sobre todo con el poder Judicial.

Lo preocupante de estos poderes fácticos es que no dejan presencia en lo jurídico, siendo que sus actos no son considerados contra normativos, como por ejemplo un discurso político que ataque directamente a las instituciones, tráfico de influencias, una acusación mediática sin fundamentos, etc.

Algo parecido, sucede con la dimensión interna, la cual regula la independencia con la que los funcionarios judiciales deben de ejercer su cargo respecto de los Consejos Judiciales, esto lleva directamente a las responsabilidades administrativas y a los sistemas disciplinarios, así mismo a la necesidad de adoptar una carrera judicial, el poder estatal en este caso, se tasa en la relación de subordinación que existe entre las Altas Cortes y otros Tribunales pertenecientes al poder Judicial, así como la relación de estos dos con los Consejos Judiciales. Es de gran interés la relación, porque muchas veces los sistemas disciplinarios se usan de manera inquisitiva para sacar a un juez incómodo, el cual haya interpretado la Constitución en contra de un poder externo o interno. También al interior de los poderes judiciales puede apreciarse la aparición de poderes fácticos en forma de corporativismo judicial, que se oponen a acatar las decisiones de tribunales superiores, en especial de quienes ejercen el control de constitucionalidad concentrado, por si fuera poco, este nicho de poder atípico es raíz del nepotismo, donde un circuito se convierte en el negocio familiar del encargado. Por ello, más que nunca el poder Judicial debe establecer un sistema que garantice la independencia personal del juez respecto de sus derechos

labores, que haga especial énfasis en el ingreso, y el mantenimiento en su cargo, por medio de pruebas periódicas que lo acrediten para ejercer la función judicial.

De todo esto, hemos de ultimar que el constitucionalismo tiene problemas para controlar a los poderes fácticos, pero poco a poco, está hallando algunas respuestas, sin embargo, todavía no existe una teoría general que pueda integrar los elementos básicos para la desintegración de estos nichos de poder atípico. Concluimos dos cosas, la necesidad de llenar los espacios que deja un texto abierto correspondiente a un principio constitucional orgánico, y la necesidad de concebir una teoría general del control del poder.

Cuarto capítulo:

1. La importancia de la construcción de un sistema general de independencia judicial:

De los tres capítulos anteriores podemos resaltar la necesidad de concebir un modelo general de independencia judicial, ya que muchas veces la independencia judicial es trabajada desde una sola perspectiva, dependiendo de la voluntad política del Estado en que se trate. De ahí que se derivan las distintas concepciones de la independencia judicial, donde no hay común acuerdo y puede caer en las típicas posiciones subjetivistas, donde todos tienen la razón y todos tienen las respuestas, solo por concebir de manera unilateral un hecho, sin tomar en consideración otras alternativas posibles. Sin embargo, el Estado constitucional demanda un sistema funcional que no se preste a la subjetividad de los detentadores del poder político, sino que sean efectivas en la tarea de proteger a quienes protegen los derechos humanos. Podemos concluir que debe de existir un compilado de principios, fuera del poder político que cimente a la independencia judicial y no se preste a medias tintas o deformaciones de interpretación.

2. La relevancia de los instrumentos internacionales para la materialización de los principios orgánico-constitucionales:

Derivado de lo anterior, hemos de concluir que el único cuerpo que concibe a la independencia judicial como algo que debe de ser apolítico y que debe tomar en consideración todas las experiencias de carácter internacional, es el sistema ONU, basado en observaciones, recomendaciones y el trabajo de las relatorías, asimismo, las visitas *in loco* seguidas de una observación que tiene como fin indicar a los Estados receptores las fallas estructurales de sus sistemas judiciales.

Es relevante como estos principios se han trasladado al *hard law* por medio de la sentencia judicial, como puede ser el caso del sistema interamericano y los mecanismos de

integración de cada Estado que les reconoce la competencia para hacer de su conocimiento que están violando una obligación internacional. He ahí la importancia de dichos mecanismos, de esta manera es posible conectar este tópico con la apertura de los Estados Nación y la apertura del muro jurídico nacional, terminando en una integración del ordenamiento internacional al ordenamiento interno, siempre y cuando se respete el principio de subsidiariedad en que se basa el derecho internacional. Por ende, existe una obligación para adoptar principios generales derivados de un ordenamiento internacional con el objetivo de materializarlos en instituciones democráticas internas, tales como la independencia judicial.

3. Las condiciones personales y laborales mínimas, una independencia desde la visión del operador judicial:

A partir de lo anterior, podemos concluir que existe la necesidad de adoptar directrices internacionales en relación con los regímenes laborales y condiciones personales para el ejercicio de la actividad judicial en especial la que tiene que ver con temas de constitucionalidad, esto solo puede concebirse en una garantía para la independencia judicial interna y en mayor medida de una independencia judicial externa, ya que si la estructura judicial interna se organiza de tal manera que solo se permitan las relaciones de subordinación necesarias para su funcionamiento, impedirá que los agentes externos chantajeen a los internos, para que se resuelva en un sentido determinado.

4. Las condiciones institucionales y presupuestarias mínimas, una independencia desde la visión institucional:

Todo lo anterior no podría ser posible si no hubiera las condiciones presupuestarias necesarias para llevar a cabo las labores de un juzgado, esto ya se refiere a algo institucional, no tanto personal. Desde tener instalaciones dignas, hasta para pagar a las personas que realizan actividades de limpieza. La independencia judicial puede ser cortada de tajo por la voluntad política a la hora de destinar recursos a los jueces, por ello, se debe pensar en medidas constitucionales políticas públicas que puedan mantener las condiciones viables la aplicación judicial de justicia. Hoy más que nunca es necesario hacer hincapié en ello. Concluimos que se debe garantizar el presupuesto público para el correcto funcionamiento de las instituciones, destinando un porcentaje de recurso económico fijo e inalterable, lejos del debate político.

Bibliografía

Teoría

1. Achondo Paredes, Emilio, *Métodos de interpretación jurídica*, México, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM.
2. Aguiló Regla, Josep, De nuevo sobre “independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica “en German Burgos Silva (comp.), 2003, *Independencia Judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Colombia, Ediciones Antropos.
3. Alchourrón, Carlos E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, sin lugar de impresión, Biblioteca virtual Universal, Editorial el cardo, 2003.
4. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª ed., trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2018.
5. _____, *teoría de los derechos fundamentales*, Trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1993.
6. _____, Una defensa de la fórmula Radbruch, s.e. trad. dede José Antonio Seoane, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, España*, 5, (2001).
7. Alvarado Velloso, Adolfo, *Lecciones de derecho procesal civil*, México, Editorial Porrúa, 2013.
8. Aragón, Manuel, “La Constitución como paradigma”, en Carbonell Miguel (coomp), *Teoría de la Constitución ensayos escogidos*, México, Porrúa, 2016.
9. Aristóteles, *Tratados de Lógica*, s. e, trad. de Miguel Candel Sanmartín, Madrid, Editorial Gredos, 1982.
10. Astudillo, César y Estrada Marún, José Antonio, *Nombramiento de ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el contexto de los modelos de designación en el derecho comparado*, México, Editorial Porrúa, 2019.
11. Atienza Manuel, “La dogmática jurídica como tecno-praxis”, en Carbonell Sánchez, Miguel, Fix Fierro, Héctor Valadés, Diego (coomp), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, México, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2013.
12. _____, “Argumentación jurídica”, en Coomp (Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta), *El derecho y la justicia*, 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2000.
13. _____, *Cuestiones judiciales*, 2ª ed., México, Editorial Fontamara, 2016.

14. Barceló Rojas, Daniel Armando, *Introducción al derecho constitucional estatal estadounidense*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, III, 2005.
15. Barceló, Pedro y Hernández de la Fuente, David, *Historia del pensamiento político griego (teoría y praxis)*, España, Editorial Trotta, 2014.
16. Bobbio Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 12ª ed., trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Editorial Fontamara, 2012.
17. _____, *iusnaturalismo y iuspositivismo*, trad. de Elías Díaz, Ernesto Garzón Valdés, Andrea Greppi y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Editorial Trotta, 2015.
18. Botero, Catarina *et.al.*, *Informe final del panel internacional de expertos para la selección de ministras/o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, DPLF, 2018.
19. Breyer, Stephen, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia el punto de vista de un juez*, trad. de Ortiz Mena Alfredo Gutiérrez, México, Fondo de cultura económica, 2017.
20. Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho constitucional*, 5ª ed., México, Editorial Porrúa, 1984.
21. Burgos Silva Germán, “¿Qué se entiende por independencia judicial?”, algunos elementos conceptuales, en German Burgos Silva (comp.), 2003, *Independencia Judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Ed, Colombia, Ediciones Antropos.
22. Burke, Edmund, *Reflection on the Revolution in France*, U.S.A, Brackets, 2016.
23. Cabo, Carlos, *La función histórica del constitucionalismo*, en Carbonell Miguel (coomp), *Teoría de la Constitución ensayos escogidos*, México, Porrúa, 2016.
24. Cabrales Lucio, José Miguel, *El principio de interpretación conforme en la justicia constitucional, teoría, práctica y propuesta en perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2015.
25. Cárdenas Gracia, Jaime, *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*, México, III UNAM, 2017.
26. Comanducci, Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en Carbonell Miguel (coomp), *Teoría de la Constitución ensayos escogidos*, México, Porrúa, 2016.
27. Córdova Vianello, Lorenzo, *Derecho y poder: Kelsen y Schmitt frente a frente*, México: FCE, UNAM, III, 2009.
28. Cossío Díaz, José Ramón, *Constitución, democracia y justicia electoral*, México, Editorial Porrúa, 2010.
29. De Secondat, Charles-Louis “Montesquieu”, *El espíritu de las leyes*, trad. de Nicolás Estévanez, México, Editorial Porrúa, 1971.

30. Diamond, Martin, *el federalista*, en Strauss Leo y Cropsey Joseph (comps.), *Historia de la filosofía política*, ed, trad. de Leticia García Urriza, Diana Luz Sánchez, Juan José Utrilla, México, FCE, 1993.
31. Dworkin Ronald “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise” en *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Massachusetts Harvard University Press, 1996.
32. _____, “Igualdad, democracia y Constitución”, en Leonardo García Jaramillo y Miguel Carbonell (comps.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Editorial Trotta, 2010.
33. _____, *El imperio de la justicia*, trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Editorial Gedisa, 1988.
34. _____, *Los derechos en serio*, trad. de Guastavino Marta, México, Planeta de Agostini, 1993.
35. Espinosa, Pezzia y Calderón, Prada, *Ideología política, valores culturales y miedo a la muerte Su impacto después de los atentados del 11 de marzo*, España, Universidad del País Vasco, *Psicología Política*, N° 32, 2006.
36. Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía”, en Carbonell Miguel (coomp), *Teoría de la Constitución ensayos escogidos*, México, Porrúa, 2016.
37. _____, *Derecho y Razón*, 7ª ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
38. _____, *Epistemología jurídica y garantismo*, 5ªed., México, Editorial Fontamara, 2015.
39. _____, *Los poderes salvajes*, trad. de Ibáñez Andrés, Madrid, MINIMA Trotta, 2011.
40. Ferreres Comella Víctor, “Justicia constitucional y democracia” en Carbonell Miguel (coomp), *Teoría de la Constitución ensayos escogidos*, México, Porrúa, 2016.
41. _____, “El control de la constitucionalidad de la ley”, en Leonardo García Jaramillo y Miguel Carbonell (comps.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Editorial Trotta, 2010.
42. Fioravanti Maurizio, *Constitución de la antigüedad a nuestros días*, trad.de Manuel Martínez Neira, Madrid, Editorial Trotta, 2001.

43. _____, *Los derechos fundamentales apuntes de historia de las constituciones*, 7ªed., trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Editorial Trotta, 2016.
44. Forsyth, Christopher F., y Johann E. Schiller. “The ‘Sein’, the ‘Sollen’ and the ‘Nichtsein.’” *ARSP: Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, vol. 65, no. 4, 1979.
45. Foucault Michael, *Vigilar y castigar*, 2ª ed., trad. de Aurelio Garzón del Camino, México, Editorial siglo veintiuno editores, 2016.
46. _____, *Genealogía del racismo*, s.e, trad. de Alfredo Tzveibel, Argentina, editorial Altamira, 1996.
47. Garoupa, Nano y Ginsburg, Tom, “Guarding the guardians: Judicial councils and judicial Independence”, en *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*, Chicago, 2008, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 444.
48. Gavernet Haroldo, Ramón y Mojer, Mario Antonio *El romano, las tierras, las armas, Evolución histórica de las fuentes del derecho*, Buenos Aires Argentina, Editorial Lex, 1993.
49. Goldwin A., Robert, *John Locke*, en Strauss Leo y Cropsey Joseph (comps.), *Historia de la filosofía política*, trad. de Leticia García Urriza, Diana Luz Sánchez, Juan José Utrilla, México, FCE, 1993.
50. Guastini, Ricardo, *Filosofía del derecho positivo, manual de teoría del derecho en el Estado constitucional*, Trad. de Diego Dei Veicchi, Perú, Editorial Palestra, 2018.
51. Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, 2ª ed., trad. de Héctor Fix Fierro, México, III UNAM, 2016.
52. Hamilton, Alexander. *et.al.*, *El Federalista. Artículos sobre la Constitución de los Estados Unidos*, trad. de J.M Cantilo, Buenos Aires, 1868.
53. Heller, Herman, *Teoría del Estado*, México, Fondo de cultura económico, 1985.
54. Henrici de Bracton, *De legibus et consuetudinibus angliae*, De G.E Woodbine, New Haven, 1915-1942 citado por Fioravanti Maurizio en *Constitución de la antigüedad a nuestros días*.
55. Hesíodo, *Trabajos y Días*, Biblioteca digital de la literatura.
56. Homero, *La Ilíada*, Biblioteca digital ILCE, Obras Clásicas de siempre.
57. Hume, David, *El tratado de la naturaleza humana*, S/n edición, Trad. de Vicente Viqueira, Libros de la red diputación de Albacete, 2001.

58. Jáuregui, Gurutz, *Estado Soberanía y Constitución* en Carbonell Miguel (coomp), *Teoría de la Constitución ensayos escogidos*, México, Porrúa, 2016.
59. Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Enrique Figueroa Alfonzo, México, 1997.
60. Karl, Engisch, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1967.
61. Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, 2ªed., trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, México, Editora Nacional, 1974.
62. _____, *Teoría del Estado*, Trad. de Luis Legaz Lacambra, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Editorial labor, 1934.
63. _____, *Teoría general del derecho y el Estado*, 2ª ed., trad.de Eduardo García Maynez, México, Textos Universitarios UNAM, 1979.
64. _____, *Teoría pura del derecho*, 4ª ed., Buenos Aires Argentina, Eudeba, 2009.
65. Kirkland and Ellis, Law firm, *El desafío de seleccionar a los mejores, la selección de altas autoridades judiciales en Estados Unidos, Europa y Asia*, Due Process of Law Foundation, 2013.
66. Kogan N, “el fascismo como sistema político” en S. J Woolf (coomp), *La naturaleza del fascismo teoría y praxis*, trad. de Amparo García Burgos, México, Grijalbo, 1974.
67. Kristan Andrej, *Desde el Estado hasta la ideología judicial, antimanoel*, Perú, Palestra Editores, 2017.
68. Lagi, Sara, “Hans Kelsen and the austrian constitutional court (1918-1929)”, *Revista Coherencia*, Medellín Colombia, Vol. 9, No 16, Enero - Junio 2012.
69. Landa, César, “Balance de la reforma judicial de Perú a la luz de los derechos fundamentales” en German Burgos Silva (comp.), 2003, *Independencia Judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, ed, Colombia, Ediciones Antropos.
70. Landes and Posner, *The independent judiciary in interest-group perspective*, Stanford, center of economic analysis of human behavior and social institutions, 1975.
71. Linares, Sebastián, “La independencia judicial: conceptualización y medición” en German Burgos Silva (comp.), 2003, *Independencia Judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Colombia, Ediciones Antropos.
72. Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Ed, trad. de José Carner, México, Porrúa,1997.

73. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Trad.de Alfredo Gallego Anabitarte, Madrid, Editorial Ariel, 2018.
74. M. Binder, Alberto y Gonzales Postigo, Leonel, *Gobierno judicial independencia y fortalecimiento del poder Judicial en América Latina*, Santiago de Chile, Chile, CEJA-JSCA/ Global Affairs Canadá, 2018.
75. Mac Gregor, Eduardo Ferrer, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, México, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM y Marcial Pons,2016.
76. Maitland Federic, William, *The collected papers of Frederic William Maitland downing profesor of the law of England*, England, Cambridge: at the university press, 1911, Vol II.
77. Mayer, Otto, *derecho administrativo alemán*, trad. de H.H. Heredia y E. Krotoshin, Buenos Aires, 1982, vol I.
78. Mendonça, Daniel, “Aplicación del derecho”, en Coomp (Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta), *El derecho y la justicia*, 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2000.
79. Moore Edward, George, *Principial Ethics*, London U.K, Cambridge University Press, 1922.
80. Morales Antoniazzi, Mariela (Coord),” El Estado abierto y el cambio de paradigma de la soberanía: objetivo del Ius constitutionale commune” en *Ius constitutionale commune en derecho humanos en América Latina*, México, Editorial Porrúa, 2013
81. Moreso Mateos, Juan José, “Cinco diferencias entre Bentham y Austin” en *Anuario de filosofía del Derecho*, VI, 1989.
82. Nagle, Luz Estella, “La cenicienta del gobierno: reforma a la justicia en América Latina” en *German Burgos Silva* (comp.), 2003, *Independencia Judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Ed, Colombia, Ediciones Antropos.
83. Nieto Alejandro, *El desgobierno Judicial*, 3ª ed., Madrid España, Editorial Trotta y Fundación Alfonso Martín Escudero, 2005.
84. _____, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Madrid España, Editorial Trotta y Fundación Alfonso Martín Escudero.
85. Nino Carlos Santiago, *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, ed, México, Editorial Fontamara.
86. Ovalle Fabela José, *Teoría general del proceso*, 7ª ed, México, Editorial Oxford,2016.

87. Pastor, Santos, *Cifrar y descifrar, manual para generar, recopilar, difundir y homologar, estadística e indicadores judiciales*, Chile, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas, 2005.
88. Palomino Manchego, José, F. “El tribunal constitucional de Austria y su influjo en los ordenamientos iberoamericanos (los primeros pasos)”, en *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2017.
89. Pelayo Möller, Carlos María y Ferrer MacGregor, Eduardo, *Las obligaciones generales de la convención americana sobre derechos humanos (deber garantía y adecuación de derecho interno)*, México, Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM, CNDH, 2017, Colección estándares del sistema interamericano de derechos humanos: miradas complementarias desde la academia, Núm. 7.
90. _____, “obligación de respetar los derechos” en Christian Steiner y Marie-Christine Fuchs (comps.), *Convención americana sobre Derechos Humanos*, 2ª ed, Bogotá Colombia, Konrad Adenauer Stiftung, 2019.
91. Pérez de la Canal, Miguel Angel, *La justicia de la corte de Castilla durante los siglos XIII A XV*, S/e, Madrid España, Tesis doctoral de la universidad de Madrid, 1962.
92. Piquer Marí, José Miguel, “la justicia en la edad media: la pervivencia de los principios inquisitivos y de libre aportación de prueba”, en *Vergentis: revista de investigación de la cátedra internacional conjunta inocencio iii*, Barcelona España, 2017.
93. Prat Westerlindh, Carlos, *Relaciones entre el poder Judicial y los medios de comunicación, los juicios paralelos*, México, Tirant to Blanch, 2013, p. 101.
94. Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, 10ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2016.
95. _____, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2014.
96. Radbruch, Gustav "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en G. Radbruch, Gesamtausgabe, A. Kaufmann (Hg.), Heidelberg, C. F. Müller, 1990, volumen 3.
97. _____, “Der geist des englischen rechts”, Trad.de Fernando vela, *Revista de occidente Biblioteca conocimiento del hombre*, Madrid, 1956.

98. _____, *Los fines del derecho*, 4ªed., trad. de Daniel Kuri Breña, México, Facultad de derecho UNAM, 1967.
99. Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 2ª ed., México, Fondo de cultura económica, 1995.
100. Requejo Pagés, Juan Luis, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid España, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
101. Rey Martínez Fernando, “Una relectura del Dr. Bonham case y de la aportación de sir Edward Coke a la creación de la judicial review”, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. I, Teoría general del derecho procesal constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2008.
102. Rico Ma., José y Salas, Luis, *La independencia judicial en América Latina: replanteamiento de un tema tradicional*, Costa Rica, Centro para la Administración de Justicia y Florida International University, 1990.
103. Ronda Iglesias, Javier, 2003, “El periodismo judicial en España”, España, *Ámbitos*, núm. 10.
104. Ruiz Manero Juan, Principios jurídicos, en Coomp (Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta), *El derecho y la justicia*, 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2000.
105. Sagües Néstor, Pedro, “El control de convencionalidad” en Armin Von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi (comps.), 2010, *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius constitutionale commune en América Latina?* México, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Max planck institute, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, serie doctrina jurídica, núm 570.
106. Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional una radiografía teórica*, Ed, México, FCE IJ, 2006.
107. Saldaña Serrano, Javier, *De nuevo sobre la ley de Hume y la falacia naturalista*, las respuestas de Carlos I. Massini Correas, México, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2016.
108. Saveedra López, Modesto, “Jurisdicción”, en Coomp (Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta), *El derecho y la justicia*, 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2000.
109. Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza Editorial, 1991, p.49.

110. _____, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, España, Editorial Alianza, 1982.
111. Taruffo, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, Trad. de Lorenzo Cordova Vianello, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
112. Teun A. van Dijk, “Política, ideología y discurso”, *Quorum Académico*, Venezuela, Universidad de Zulia, julio-diciembre, 2005, Vol. 2, N°.
113. Tocqueville Alexis, *Democracia en América*, 2ª ed., México, Fondo de cultura económica, 1957.
114. Vázquez Rodolfo, “La independencia judicial y el argumento contramayoritario” en Leonardo García Jaramillo y Miguel Carbonell (comps.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Editorial Trotta, 2010.
115. Vega, Pedro, “Historia de las doctrinas constitucionales”, en Carbonell Miguel (coomp), *Teoría de la Constitución ensayos escogidos*, México, Porrúa, 2016.
116. _____, *Estudios político-constitucionales*, México, IJ UNAM y Facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2004.
117. Von, Bogdandy (Coord), “Ius constitutionale commune latinoamericanum”, en *Ius constitutionale commune en derecho humanos en América Latina*, México, Editorial Porrúa, 2013.
118. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, 11ª ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, trotta, 2016.
119. _____, *La ley y su justicia, tres capítulos de justicia constitucional.*, Trad. de Manuel Martínez Neira y Adela Mora Cañada, Madrid, Editorial Trotta, 2014.

Sentencias

Sentencias estadounidenses

1. *Riggs v. Palmer*, 22 N.E. 190, 511.
2. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137.
3. *Scott v. Sandford*, 60 U.S. 403.
4. *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 540.
5. *Sweatt v. Painter* 339 US 629.
6. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 489.

Sentencias alemanas

1. BVerfGE 23, 98 (106).
2. BGHSt 39, 1 (15 s.).
3. BVerfGE 51, 324(345).

Sentencias interamericanas

1. Corte IDH, Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
2. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano VS Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, Núm. 154.
3. Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220.
4. Corte IDH, *Caso trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 158.
5. Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.
6. Corte IDH, Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.
7. Corte IDH, Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266.
8. Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268.
9. Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.
10. Corte IDH, Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

Votos concurrentes

Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos en el caso corte suprema de justicia (quintana coello y otros) vs. ecuador, DE 23 DE AGOSTO DE 2013.

Opiniones consultivas

Sistema Interamericano

Corte IDH

1. Opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A, No 14.
2. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009, solicitada por la República de Argentina.
3. Resolución de la corte interamericana de derechos humanos, de 29 de mayo de 2018 solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Interamericana de derechos humanos.

CIDH

1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44 5 diciembre 2013

Órganos especializados

1. Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) a la atención del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el Consejo de la Justicia al servicio de la sociedad, Informe N.º10(2007) del 23 de noviembre de 2007.
2. Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) a la atención del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el Consejo de la Justicia al servicio de la sociedad, Informe N.º17(2014) del 24 de octubre de 2014.
3. European Commission, Comparative analysis on the High Councils for Judiciary in the EU member states and judicial immunity, SUPPORT TO JUSTICE SECTOR REFORMS IN UKRAINE.
4. The Bernard and Audre Rapoport Center for Human Rights and Justice, The University of Texas at Austin, School of Law, *Escrito de observaciones presentado por Centro de Derechos Humanos y Justicia “Bernard and Audre Rapoport”*, 26 de enero del año 2009 en relación con la solicitud de opinión consultiva presentada por Argentina.

Informes internacionales de las relatorías ONU

1. Organización de las Naciones Unidas, A/HRC/26/29
2. Organización de las Naciones Unidas, A/HRC/26/32
3. Organización de las Naciones Unidas A/HRC/14/26/Add.1
4. Organización de las Naciones Unidas, Asamblea general A/HRC/14/26/
5. Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/32/34
6. Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/38/38/
7. Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/17/30/ADD.3
8. Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/17/30/ADD.1
9. Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/17/30/
10. Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/26/32/
11. Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/11/41
12. Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/23/43/. Add.4.
13. Organización de las Naciones Unidas, A/HRC/ 14/11
14. Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/4/25/

Legislación

1. Declaración de los derechos del Hombre y el ciudadano
2. Carta europea del estatuto de los jueces
3. Constitución colombiana
4. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
5. Constitución Política del Estado boliviano
6. Convención Interamericana de los Derechos Humanos
7. Estatuto de la corte internacional de justicia
8. Estatuto universal del juez
9. Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
10. Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura

Tesis aisladas:

1. Tesis 3ª./J.6/94, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, tomo XIII-marzo, pág. 19.

Notas periodísticas y artículos de opinión

1. Ángel Arturo, *La justicia en México es un desastre, ¿Cómo reconstruirla?*, New York Times, 11 de Julio de 2018, Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2018/07/11/opinion-arturo-angel-mexico-impunidad-crisis-justicia/>
2. Gandaria, Manrique, 2 de marzo de 2019, Tras 80 días, manifestantes se retiran de la SCJN; pedían la renuncia de ministros, “*El sol de México*”, Disponible en : <https://www.elsoldemexico.com.mx/mexico/sociedad/manifestantes-se-retiran-de-la-scn-pedia-la-renuncia-de-ministros-3133142.html>
3. Liptak, Adam, 26 de octubre de 2020, “la jueza Amy Coney Barret es confirmada a la Corte Suprema ¿Cuál es su historial?”, “*New York Times*”. Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2020/10/26/espanol/estados-unidos/amy-barrett.html>
4. María Mena, José, La ladrona, el juez y el panadero, El país, 19 de septiembre de 2012. Disponible en: https://elpais.com/ccaa/2012/09/19/catalunya/1348082317_556232.html
5. Rivas Molina, Federico, 20 de septiembre 2019, Cristina Kirchner va a juicio oral por la causa de los cuadernos, “El país Argentina” , Disponible en: https://elpais.com/internacional/2019/09/20/argentina/1569003477_701190.html

Otros:

1. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Líneas Generales de Trabajo, 2019-2022, México, 2018.
2. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Presupuesto asignado y ejercido, cierres del presupuesto de egresos por ejercicio fiscal, marzo de 2021.