



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

**LA SUPREMA CORTE Y LA REVISIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE  
LA MATERIA DE CONSULTA POPULAR 1/2020: UNA CRÍTICA A LA  
DECISIÓN JUDICIAL DESDE LOS ESTUDIOS CRÍTICOS  
NORTEAMERICANOS**

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

**SANTIAGO FAJARDO VALDÉZ**

ASESOR DE TESIS:

DR. JORGE ROBLES VÁZQUEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, CIUDAD DE MÉXICO

2021



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.



**SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO  
OFICIO NO. SFD/19/06/2021**

**ASUNTO: Aprobación de tesis**

**MTRA. IVONNE RAMÍREZ WENCE  
DIRECTORA GENERAL.  
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR.  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
P R E S E N T E**

Distinguida Directora:

Me permito informar que la tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, elaborada en este seminario por el pasante en Derecho, C. Santiago Fajardo Valdéz con número de cuenta 415004985, bajo la dirección del Dr. Jorge Robles Vázquez, denominada "LA SUPREMA CORTE Y LA REVISIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA MATERIA DE CONSULTA POPULAR 1/2020: UNA CRÍTICA A LA DECISIÓN JUDICIAL DESDE LOS ESTUDIOS CRÍTICOS NORTEAMERICANOS", satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con fundamento en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional. Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

**ATENTAMENTE**  
**"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"**  
Ciudad Universitaria, D. F., a 17 de junio de 2021

**DRA. SOCORRO APREZA SALGADO  
DIRECTORARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO**

A mis padres Hortensia y Alfonso  
quienes siempre han estado conmigo  
y me han apoyado en todo momento

“Un día habíase quedado Zaratustra dormido debajo de una higuera, pues hacía calor, y había colocado sus brazos sobre el rostro. Entonces vino una víbora y le picó en el cuello, de modo que Zaratustra se despertó gritando de dolor. Al retirar el brazo del rostro vio a la serpiente: ésta reconoció entonces los ojos de Zaratustra, dio la vuelta torpemente y quiso marcharse. «¡No, dijo Zaratustra; todavía no has recibido mi agradecimiento! Me has despertado a tiempo, mi camino es todavía largo.» Tu camino es ya corto, dijo la víbora con tristeza; mi veneno mata» Zaratustra sonrió. «¿En alguna ocasión ha muerto un dragón por el veneno de una serpiente? – dijo ¡Pero toma de nuevo tu veneno! No eres bastante rica para regalármelo» Entonces la víbora se lanzó otra vez alrededor de su cuello y le lamió la herida.”

Friedrich Nietzsche, *Also sprach Zarathustra*.

## **AGRADECIMIENTOS**

A la Universidad Nacional Autónoma de México y a su Facultad de Derecho, instituciones a las que espero algún día regresar.

A los siguientes profesores que marcaron mi vocación académica y mi vida universitaria: Daniel Nudelman Speckman, Miguel Alejandro Sánchez Hernández, Enrique Rodríguez Trujano, Carlos Vidal Riveroll, Raúl Contreras Bustamante, Rafael Rocher Gómez, Alejandro Torres Estrada, Russbell Vizcaya Peláez, Eduardo Montoya López, Iván García Soriano, Eduardo Aguilar Sierra, Paul Rodolfo Ortiz Arámbula, Carlos Rodríguez Manzanera, Miguel Ángel Suárez Romero, Alfonso Ochoa Hofmann, Miguel Ángel Morales Sandoval, Edwin Cuitláhuac Ramírez Díaz, Rodrigo Brito Melgarejo y Juvenal Lobato Díaz.

Al Dr. Jorge Robles Vázquez quien me apoyó para realizar este trabajo en un área de la filosofía del derecho en la que él domina más que nadie en la universidad.

A Pablo Cervera, Edgardo Ocampo, Alan Arriola, Mario Molina y los chicos del Colegio Madrid quienes en un mayor o menor periodo de tiempo su amistad ha estado conmigo y tiene un valor invaluable.

**LA SUPREMA CORTE Y LA REVISIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE  
LA MATERIA DE CONSULTA POPULAR 1/2020: UNA CRÍTICA A LA  
DECISIÓN JUDICIAL DESDE LOS ESTUDIOS CRÍTICOS  
NORTEAMERICANOS**

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO 1. LA DECISIÓN JUDICIAL: LA CONCEPCIÓN DE LOS ESTUDIOS CRÍTICOS NORTEAMERICANOS EN CONTRASTE CON LAS TEORÍAS DE H.L.A. HART, RONALD DWORKIN Y ROBERT ALEXY .....</b>	<b>4</b>
1.1 La decisión judicial según los Estudios Críticos Norteamericanos. ....	5
1.1.1 El proyecto vital del juez.....	6
1.1.2 El cuerpo del material jurídico .....	9
1.1.3 Los hechos que rodean el caso .....	17
1.1.4 El “trabajo jurídico” por parte del juzgador .....	19
1.2 La decisión judicial según las teorías de H.L.A. Hart, Ronald Dworkin y Robert Alexy. ....	29
1.2.1 H.L.A. Hart .....	29
1.2.2 Ronald Dworkin .....	35
1.2.3 Robert Alexy.....	47
<b>CAPÍTULO 2. LA CONCEPCIÓN JURÍDICA Y POLÍTICA DEL PODER JUDICIAL EN LA HISTORIA DE LAS DEMOCRACIAS LIBERALES A PARTIR DEL SIGLO XVII .....</b>	<b>56</b>
2.1 Concepción del Poder Judicial desde el “Bonham’s Case” hasta Alexis de Tocqueville .....	57
2.1.1 “Bonham’s Case”.....	57
2.1.2 John Locke.....	62
2.1.3 Montesquieu.....	70
2.1.4 El Federalista .....	75
2.1.5 Marbury Vs. Madison .....	79
2.1.6 Alexis de Tocqueville.....	82
2.2 El Poder Judicial en la actualidad desde el Tribunal Constitucional de Austria (1920).....	85
2.2.1 Hans Kelsen y la garantía jurisdiccional de la Constitución .....	85
2.2.2 El tribunal Constitucional en la Constitución Austriaca de 1920.....	91
2.2.3 Los tribunales constitucionales de la segunda posguerra .....	93

2.2.4 El Comité Constitucional de la V república francesa .....	95
2.2.5 El Poder Judicial como agente de transformación social y su papel en la democracia.....	98
2.2.6 Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial .....	112
<b>CAPÍTULO 3. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA EN MÉXICO: UNA BREVE DESCRIPCIÓN DE SU EVOLUCIÓN POLÍTICA Y JURÍDICA A TRAVÉS DE LA HISTORIA.....</b>	<b>120</b>
3.1 Etapa primigenia como tribunal de casación (1824 – 1951).....	120
3.1.1 Constitución de 1824 (La creación de la institución) .....	121
3.1.2 Bases y leyes constitucionales de la república mexicana de 1836 (El Supremo Poder Conservador) .....	123
3.1.3 Bases orgánicas de la república mexicana de 1843 (Reinstauración de la Corte Suprema).....	125
3.1.4 Acta constitutiva y de reformas de 1847 (Instauración y federalización del juicio de amparo).....	126
3.1.5 Constitución de 1857 (El primer amparo contra leyes).....	128
3.1.6 Constitución de 1917 (La Corte y el constitucionalismo social).....	129
3.1.7 Reforma constitucional de 1951 (El fortalecimiento de la Corte a través de los tribunales colegiados de circuito).....	132
3.2 Etapa de fortalecimiento como tribunal con funciones de legalidad y constitucionalidad (1987 – Actualidad).....	133
3.2.1 Reforma constitucional de 1987 (La “conversión” de la Suprema Corte en un “tribunal constitucional”). .....	134
3.2.2 Reforma constitucional de 1994 (Acción de inconstitucionalidad, Controversia constitucional y el Consejo de la Judicatura). .....	136
3.2.3 Reforma constitucional de 1996 (El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación) .....	139
3.2.4 Reformas constitucionales de 2011 (Las reformas de los Derechos Humanos).....	140
3.2.5 La nueva Ley de Amparo de 2013 .....	142
3.2.6 La concepción actual de la SCJN .....	148
<b>CAPÍTULO 4. UNA DECISIÓN EJEMPLIFICATIVA DE ACUERDO CON LOS ESTUDIOS CRÍTICOS NORTEAMERICANOS: LA REVISIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA MATERIA DE CONSULTA POPULAR 1/2020 Y SU COMPARACIÓN CON LA REVISIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA MATERIA DE CONSULTA POPULAR 2/2014.....</b>	<b>155</b>
4.1 Descripción procesal de ambos casos .....	156



4.1.1 La revisión de constitucionalidad de la materia de consulta popular...	157
4.1.2 La revisión de constitucionalidad de la materia de consulta popular 2/2014 .....	160
4.1.3 El proyecto de revisión de constitucionalidad de la materia de consulta popular 1/2020 .....	163
4.2 Críticas a la decisión judicial en la resolución del proyecto de revisión de constitucionalidad de la materia de consulta popular 1/2020 .....	167
4.2.1 La resolución del proyecto de revisión de constitucionalidad de la materia de consulta popular 1/2020 .....	168
4.2.2 Crítica a la “aproximación deferente” en la argumentación del ministro Arturo Zaldívar .....	169
4.2.3 Crítica a la “disociación de la pregunta” respecto de la materia de consulta en la argumentación del ministro Arturo Zaldívar.....	173
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>179</b>
<b>FUENTES CONSULTADAS .....</b>	<b>185</b>

## INTRODUCCIÓN

El siguiente trabajo de investigación es una crítica realizada a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que gira en torno a la revisión de constitucionalidad de la materia de consulta popular 1/2020. La crítica se realiza a través de analizar el trabajo argumentativo realizado por el ministro presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea para votar en contra del proyecto de resolución que concebía inconstitucional el objeto de la materia de consulta popular que buscaba realizar el presidente Andrés Manuel López Obrador preguntándole a la ciudadanía si está de acuerdo en investigar, perseguir y en su caso sancionar a todos los expresidentes anteriores a él hasta Carlos Salinas de Gortari en relación a una pluralidad de conductas realizadas por ellos en sus respectivos sexenios presidenciales.

Para realizar esta crítica primero es necesario encuadrar el trabajo realizado por el ministro Zaldívar dentro de la concepción de la decisión judicial de Duncan Kennedy y los Estudios Críticos Norteamericanos (*Critical Legal Studies*). Es por ello por lo que en el Capítulo I se realizará un estudio de la concepción de la decisión judicial que estos autores proponen y se contrastará con teorías de la decisión judicial que destacan por su importancia pero que utilizan métodos de estudio divergentes. Por ello se contrastará el trabajo de los Estudios Críticos Norteamericanos con el trabajo de H.L.A Hart, Ronald Dworkin y Robert Alexy.

El primero de estos es un filósofo del derecho positivista cuyo trabajo es reconocido como una de las teorías generales del derecho más importantes. Los últimos dos autores son teóricos postpositivistas que se caracterizan por posturas divergentes del positivismo jurídico y cuyo trabajo busca resaltar las relaciones necesarias entre la moral y el derecho. Este contraste obedece a poder obtener una concepción más amplia de la decisión judicial y poder reafirmar que esta ocurre conforme lo que los *Critical Legal Studies* describen.

La crítica realizada a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el presente trabajo buscará afirmar que la decisión judicial obtenida tiene un carácter antidemocrático y que además es perjudicial en la construcción de una Corte que

pueda erigirse como una institución que sea un verdadero órgano de control del poder político dentro de la división de poderes en México.

Es por esto por lo que una vez afirmada la concepción de la decisión judicial de los *Critical Legal Studies* en el Capítulo II se realizará un estudio histórico de la evolución del poder judicial a partir del Siglo XVII en el que se describirán los orígenes de esta institución y las concepciones de esta dentro de las teorías de filosofía política más importantes relativas a esta para mostrar la evolución jurídica y política que el poder judicial ha tenido hasta la actualidad. Relativo a esto se analizará el “*Bonham’s Case*” como uno de los primeros casos donde el poder judicial se erigió como un instrumento del control del poder, pasando por las teorías de John Locke, Montesquieu, James Madison y Alexis de Tocqueville. Relativa a esta evolución histórica también se estudiará el control de constitucionalidad pasando desde la revisión judicial en *Marbury Vs. Madison* hasta los tribunales constitucionales de la segunda posguerra. Por último, en relación con el estudio histórico del poder judicial se explicará el papel que esta institución tiene en la construcción democrática y cómo es que se justifica su carácter contramayoritario.

Posteriormente para poder realizar una crítica de la decisión judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación será necesario determinar el carácter jurídico y político de esta para luego entonces poder contextualizar de esta forma cómo es que el trabajo de la Corte puede tener un impacto mayor o menor dentro de la división de poderes de México. Por ello en el Capítulo III se realizará un estudio en donde se describa su evolución histórica y los cambios jurídicos y políticos que esta ha tenido. Este estudio se realizará desde el inicio de México como nación independiente, pasando desde su etapa primigenia como tribunal de casación en la Constitución de 1824 a la última reforma más importante que ha tenido la administración e impartición de justicia en México, siendo estas las reformas constitucionales de derechos humanos del 6 y 10 de junio de 2011 para de esta forma poder concluir con una concepción propia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la actualidad.

Una vez determinada la concepción actual de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Capítulo IV se procederá a realizar una crítica a una decisión judicial representativa que muestre la necesidad de seguir en la búsqueda del fortalecimiento de esta institución. Para ello se compararán dos resoluciones que en términos jurídicos debieron de haber otorgado resultados similares, sin embargo, fueron factores políticos los que hicieron que estos dos casos en apariencia similares fueran tratados de forma diferenciada para obtener resoluciones divergentes.

Para ello se analizará la figura de la consulta popular en México, los aspectos procedimentales para llevarla a cabo y la función de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la determinación de la constitucionalidad del objeto de la materia de consulta.

Por último, al contrastar estos dos casos en el mismo Capítulo IV se realizará un análisis de la argumentación del ministro Arturo Zaldívar que reflejan una serie de contradicciones y debilidades argumentativas para concluir que el resultado debido era la declaración de inconstitucionalidad del objeto de la materia de consulta popular 1/2020.

## **CAPÍTULO 1. LA DECISIÓN JUDICIAL: LA CONCEPCIÓN DE LOS ESTUDIOS CRITICOS NORTEAMERICANOS EN CONTRASTE CON LAS TEORÍAS DE H.L.A. HART, RONALD DWORKIN Y ROBERT ALEXY**

El movimiento de los Estudios Críticos Norteamericanos («*Critical Legal Studies*», en adelante *CLS*) es una corriente de pensamiento jurídico surgida en mayo 1977 en Madison, Wisconsin (E.E.U.U) tras la conferencia dada por Duncan Kennedy y David Trubek titulada “*Conference on Critical Legal Estudios*”. Para ello en enero de ese año se había realizado una convocatoria para desarrollar la implementación de una visión crítica en la forma del estudio del derecho y de su enseñanza. Los primeros integrantes de los *CLS* fueron profesores de la universidad de Yale, quienes fueron despedidos de esta universidad al ser considerados disidentes políticos dado una agitada y convulsa coyuntura social y política en este país en la década de los sesentas y setentas.<sup>1</sup>

El movimiento de los *CLS* ha contado con académicos de diversas universidades en los Estados Unidos de América (de ahora en adelante E.U.A) de entre las cuales se destacan la universidad de Yale y Harvard cuya aportación teórica a este movimiento se dio como resultado de un periodo político social agitado en este, caracterizado por ser una época con luchas sociales entorno a la desigualdad económica y racismo. En este sentido, los *CLS* conformaron un movimiento teórico de izquierda política que trató de mostrar el papel del derecho dentro esta problemática, por lo cual su teoría no es un sistema teórico homogéneo y ordenado, sino que es un movimiento que busca desenmascarar al derecho como causa en diversas problemáticas y por lo tanto sus temas de estudio abarcan diferentes temas como lo es la crítica de la enseñanza del derecho como mecanismo para la protección de intereses ideológicos, la ideología y la decisión judicial, la crítica del acceso a la justicia a las mujeres y las minorías raciales así como teorías del derecho, feminismo, y orientación sexual.

---

<sup>1</sup> Pérez Lledó, Juan A., *El movimiento “Critical Legal Studies”*, Tesis doctoral de la Universidad de Alicante, Alicante, Universidad de Alicante, 1993, p. 39.

En cuanto a las concepciones modernas más importantes de la decisión judicial estas giran en torno a la teoría positivista de H.L.A. Hart y a las no positivistas de los Estudios Críticos Norteamericanos, Ronald Dworkin y Robert Alexy. En el caso de la teoría presentada por Duncan Kennedy, quien se erige como el exponente más importante de los *CLS*, se eleva a la ideología política como un factor determinante en la decisión judicial, esto se ve reforzado a través de elementos psicológicos dentro de una concepción fenomenológica.

### **1.1 La decisión judicial según los Estudios Críticos Norteamericanos**

La teoría de Duncan Kennedy contenida en su obra "*Libertad y restricción en la decisión judicial*" será el hilo conductor a través del cual se expondrá la decisión judicial de acuerdo con los *CLS*. Esta teoría de la decisión judicial se complementará con otros ensayos de Kennedy, así como con otros trabajos de Mark Tushnet quien perteneció también a esta escuela de pensamiento jurídico, además de ser un defensor del constitucionalismo dialógico.

De antemano hay que resaltar el carácter fenomenológico de la teoría de Kennedy influenciada en Edmund Husserl en el que la aprehensión de la realidad para el juzgador es un proceso en el que la propia conciencia anterior del individuo sirve como vínculo indispensable en la conexión de él con el mundo, su interpretación y la realidad que este percibe.

La teoría de Kennedy se establece más allá de los factores meramente jurídicos, morales o políticos y además no es dicotómica con respecto a las teorías H.L.A Hart y Robert Alexy, sino que tienen puntos de acuerdo como la inexistencia de una única respuesta categórica en las decisiones judiciales.

De tal forma la adjudicación judicial según esta se convierte entonces en una herramienta que está un escalón por arriba de lo jurídico y que puede explicar por qué en procesos judiciales idénticos que en teoría deberían tener una respuesta similar, nos encontramos con respuestas divergentes. Para ello se puede dividir la

teoría de los *CLS* en los siguientes elementos que a continuación serán explicados: 1) el proyecto vital del juez; 2) el cuerpo del material jurídico; 3) Los hechos que rodean el caso; y, 4) el proyecto jurídico por parte del juzgador.

### 1.1.1 El proyecto vital del juez

Podemos entender por el proyecto vital del juez el conjunto de actitudes, convicciones y creencias que un juzgador posee producto de las condiciones materiales que lo han rodeado a lo largo de su vida y que se ve reflejado en la decisión judicial. El proyecto vital del juez contiene un sistema de creencias ideológicas y actitudes en su aproximación al derecho, a la justicia, así como el papel que él cree tener dentro de la sociedad como actor dentro del poder judicial, puesto que el proyecto vital del juez le otorga a este una serie de directrices, preceptos, reglas técnicas y las mismas metas y aspiraciones personales a las que este quiere llegar.<sup>2</sup>

Si bien el proyecto vital del juez se compone y se construye a partir de múltiples elementos, el concepto de ideología resalta en importancia, pues es uno de los elementos condicionantes y definitorios del trabajo jurídico y argumentativo que lleva a cabo un juzgador para poder resolver un caso particular y obtener el resultado deseado en este o como lo llama Duncan Kennedy “la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar.”<sup>3</sup>

La ideología es definida por Duncan Kennedy como “un proyecto de universalización de una *intelligentsia* que considera que actúa “para” un grupo cuyos intereses están en conflicto con los de otros grupos” y ejemplifica al liberalismo y al conservadurismo como ejemplos en la ideología norteamericana.<sup>4</sup> Este concepto de

---

<sup>2</sup> Robles Vázquez, Jorge y Tovar Silva, Yvonne Georgina, *Teoría Crítica Norteamericana: Una introducción a los Critical Legal Studies*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 99-100.

<sup>3</sup> Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la decisión judicial: Una fenomenología crítica*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1999, p. 95.

<sup>4</sup> Kennedy, Duncan, “El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica” en *Izquierda y Derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, p. 28.

ideología se traduce en la transformación de intereses particulares de una elite ilustrada o “*intelligentsia*” a intereses universales, esto se lleva a cabo articulando dichos intereses particulares en un discurso que aparenta ser del interés general de una sociedad ocultando los vínculos que tiene con los grupos que verdaderamente representa dicho discurso.<sup>5</sup> Cualquier ideología tiene una concepción de justicia particular y controvertible pero que sus partidarios sostienen como benéfica para el interés general de una sociedad, por otra parte, sus detractores afirmarían que se trata solamente del beneficio particular de quienes la defienden.<sup>6</sup>

Para la ideología como proyecto político de universalización de un discurso cuyo contenido es estructurado por una “*intelligentsia*”<sup>7</sup>, la decisión judicial se transforma únicamente en un instrumento de legitimidad con el que se reviste en apariencia de ser justa a través de un proceso argumentativo del juez en el cual este justificará dando los motivos y razones que hacen naturales y necesarios llegar al resultado que favorece su proyecto vital y por lo tanto a la ideología a la que es afín.<sup>8</sup>

Puesto que en una sociedad hay múltiples intereses existirán por lo tanto múltiples ideologías y para su distinción y reconocimiento dentro del sentido de una decisión judicial, Kennedy nombra “estabilizador” a aquellos criterios que ayudan a discernir esta cuestión y distinguir a una ideología de otra. Ejemplos de estos son el consenso autoconsciente que una ideología tiene de una posición particular y que su ideología contraria niega sostenerla, otro criterio es el carácter histórico evolutivo de dicha ideología y su congruencia con las posiciones que en tiempos pasados supuestamente eran iguales.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> Robles Vázquez, Jorge y Tovar Silva, Yvonne Georgina, *op. cit.*, p.59.

<sup>6</sup> Kennedy, Duncan, “Una alternativa fenomenológica de izquierda a la teoría de la interpretación jurídica de Hart y Kelsen” en *Izquierda y Derecho... op. cit.*, p.95.

<sup>7</sup> Kennedy, Duncan, “Political Ideology and Comparative Law”, en Mauro Bussani y Ugo Mattei (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012. pp. 40-41.

<sup>8</sup> Kennedy, Duncan, “El comportamiento estratégico...”, *op. cit.*, p.29.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 50.



En términos generales el juez es semiconsciente del sesgo ideológico que tienen sus decisiones judiciales en términos sartreanos como de “mala fe”.<sup>10</sup> Esto ocurre dado que, el hecho de que el proyecto vital del juez y su ideología se entrometan en la decisión judicial es una cuestión contraria a las premisas sostenidas por las democracias liberales y por lo tanto también a las premisas tradicionales de la teoría de división de poderes. Existe tanto en el propio juez como en el público creyente en dichos principios democráticos la necesidad de negar dicha intervención.<sup>11</sup> La raíz de esta negación se encuentra en elementos psicológicos desarrollados por Sigmund Freud y Anna Freud en los que la aceptación de una acción u omisión que socialmente es reprobable o reprochable por otros criterios, provocaría en una persona angustia y sufrimiento por lo que esta prefiere negar dicha conducta para liberarse de este malestar.<sup>12</sup> La negación por otra parte resuelve el conflicto de rol que un juez puede experimentar al resolver casos en búsqueda de “la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar”. Dicho conflicto se manifiesta dado el supuesto que por una parte la sociedad y el derecho le exigen al juez fidelidad a los materiales jurídicos y por otra el proyecto vital del juzgador se manifiesta en la búsqueda una sentencia que aboga por los intereses e ideología particular de este.<sup>13</sup> Cuando un juez niega la injerencia ideológica en sus decisiones a *contrario sensu* reafirma la figura institucional del juzgador compatible con las exigencias del Estado de Derecho y de las democracias liberales, donde sus resoluciones son apegadas estrictamente conforme a derecho.

Otra razón por la que se da la negación de un trabajo ideológico en las decisiones judiciales es la intervención de la voluntad en la formación de creencias. Nuestra voluntad para mantener en pie las creencias que tenemos es el resultado de un principio psicológico denominado “consistencia cognitiva”.<sup>14</sup> Este principio nos lleva a rechazar o a minimizar aquellas creencias que son incongruentes o contrarias con nuestro sistema global de creencias, precisamente por la angustia

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 37-38.

<sup>11</sup> Kennedy, Duncan, “Una alternativa fenomenológica de izquierda...”, *op. cit.*, p. 95.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 54-57.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 68-70.

<sup>14</sup> Villoro, Luis, *Crear, saber, conocer*, México, Siglo XXI, 2016, pp. 111-113.

que produce que nuestras creencias y los deseos e intereses (voluntad) que de estas resultan se vean menoscabadas o destruidas por otras creencias. Esto lleva a una persona a en lugar de admitir que sus creencias u opiniones son equivocadas a investigar y a idear justificaciones para mantenerlas a flote, y esto ocurre no porque sus creencias sean verdaderas sino porque esta persona desea que sean verdaderas.<sup>15</sup>

La subjetividad del interprete en la decisión judicial es uno de los factores que más alteran esta dado que existe una previa concepción del derecho que será determinante en la búsqueda y fundamentación de las normas aplicables al caso concreto.<sup>16</sup> Esta conciencia “prejurídica” se conforma de la comprensión de la realidad del juzgador, y entre muchos factores se encuentra el entendimiento de sus tradiciones, prejuicios, y de su ideología política de la cual se derivará el entendimiento sobre la historia, el Estado y la justicia que este debe implementar como integrante de la burocracia que conforma a esta institución. De esta comprensión previa del jurista no se puede concluir que este imponga en detrimento del texto sus prejuicios y convicciones, sino que el texto se ve encuadrado a ellos a través de una reconstrucción para armonizarse con estos elementos.<sup>17</sup>

Luego entonces el proyecto vital del juez se configura como uno de los elementos definitorios de la decisión judicial pues concentra la tendencia ideológica que favorecerá a una de las partes de acuerdo con sus pretensiones y a los resultados materiales del caso que sean afines a la ideología del juzgador según la coyuntura y los hechos que rodean este.

### **1.1.2 El cuerpo del material jurídico**

Nos referimos con el cuerpo del material jurídico al resultado del proceso interpretativo que obtiene un juez cuando analiza un caso en concreto para obtener

---

<sup>15</sup> *Idem.*

<sup>16</sup> Saavedra, Modesto, *Interpretación del derecho y crítica jurídica*, México, Fontamara, 2004, pp. 25-26.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 115-116.

un panorama general de las características de este. Dicho resultado le indicará a un juez si se encuentra frente a un caso fácil o a uno difícil y cuál puede ser la norma jurídica aplicable para obtener una resolución, mas no necesariamente le indicará el sentido de la decisión judicial ya que en un primer momento dicha ley aplicable puede ser contraria a “la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar” y el juez intentaría cambiar la resolución que la ley le indica en este primer momento. Cuando hablamos de la norma jurídica a una decisión judicial englobamos dentro de un sistema jurídico a un universo jurídico consistente en reglas, jurisprudencia, precedentes, principios y directrices que pueden ser estructurados en múltiples maneras para obtener sentencias diversas en un mismo caso.<sup>18</sup>

El cuerpo de los materiales jurídicos puede ser tan grande o pequeño según sus características intrínsecas de acuerdo con la propia interpretación del juez y a los hechos que rodean y generan el caso, lo cual brinda al juez una mayor libertad o restricción en la estructuración de “la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar”.

Para entender la naturaleza del cuerpo del material jurídico es necesario la comprensión del carácter de indeterminación del derecho explicado principalmente por Mark Tushnet y Duncan Kennedy.

La indeterminación del derecho consiste en que no existe ningún método para poder determinar con total precisión el contenido de este y por lo tanto las consecuencias de su aplicación.<sup>19</sup> Para Mark Tushnet la indeterminación del derecho se manifiesta tanto en una indeterminación fundamental, como en una indeterminación técnica.

La indeterminación fundamental consiste en que no puede conocerse con exactitud el contenido y los resultados de la aplicación del derecho ya que este contenido y estos resultados no pueden especificarse ni concebirse sin tomar en cuenta el contexto social que los rodea y puesto que tanto una sociedad como sus

---

<sup>18</sup> Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la decisión judicial...*, *op. cit.*, pp. 91-92.

<sup>19</sup> Tushnet, Mark, “Ensayo sobre los derechos” en García Villegas, Mauricio (ed.), *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001, p. 113.

premisas morales son mutables, su contenido y resultados de aplicación será indeterminada como tal.<sup>20</sup> Esta indeterminación se desprende de otra característica del derecho que Tushnet refiere como “inestabilidad” y que consiste en que el peso y valor del contenido de los derechos es inestable debido precisamente a que los cambios sociales hacen que no existan valores absolutos en los derechos.<sup>21</sup> Esta es una crítica principalmente al positivismo jurídico y a su concepción de la dogmática jurídica como disciplina que otorga un significado y un mensaje normativo a las normas jurídicas para poder aplicar las consecuencias jurídicas que estas contienen.<sup>22</sup> La dogmática jurídica de acuerdo a la metodología positivista tiene que regirse por un principio de objetivismo científico y otro de legalidad, los cuales separan al derecho de la moral y lo despolitizan además de abstenerse de hacer cualquier apreciación del derecho que no sea de corte técnico, sin embargo, la búsqueda por obtener, seguridad en la interpretación del derecho así como certeza y previsibilidad en los diseños institucionales jurídicos trae como resultado la inflexibilidad e incapacidad para adaptarse ante la transformación social y el cambio de los receptores de la ley.<sup>23</sup>

Por otra parte, la indeterminación técnica se manifiesta en el ámbito argumentativo ya que la argumentación abre una brecha para el reconocimiento o la negación de la existencia de un derecho en casos particulares, por lo que los casos judiciales en los que existe una única respuesta en su resolución son indeterminables. Para poder determinar la existencia de un derecho se requiere un proceso interpretativo del cuerpo de los materiales jurídicos por parte del juzgador y dado que dicha interpretación está sujeta tanto al proyecto de vida del juzgador como a problemas del lenguaje la existencia de un derecho será indeterminada.<sup>24</sup>

La teoría de Riccardo Guastini sobre la doble indeterminación del derecho está también vinculada con la teoría de los *CLS* especialmente con la indeterminación técnica y se suma como un factor secundario en la indeterminación

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 120-125.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>22</sup> Saavedra, Modesto, *op. cit.*, pp. 54-57.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> Kennedy, Duncan, “Una alternativa fenomenológica de izquierda...”, *op. cit.*, pp. 100-101.

del derecho. Para Guastini una primera indeterminación del derecho se manifiesta en la interpretación de este ya que la interpretación indetermina al sistema jurídico y a sus componentes como tal, ya que al existir múltiples interpretaciones de las normas jurídicas y por lo tanto controversias en la interpretación no se puede determinar de forma absoluta cuales normas “existen” y son válidas dentro de este.<sup>25</sup> Guastini refiere como factor de multiplicidad de interpretaciones a los problemas del lenguaje, destacando a la ambigüedad y a la vaguedad.<sup>26</sup> Por una parte la ambigüedad se refiere a la multiplicidad de interpretaciones y modos que puede tener una palabra lo cual puede traer confusiones y dudas sobre su significado.<sup>27</sup> En cuanto a la vaguedad esta es la imprecisión en la aplicación de una palabra para una situación concreta ya que el significado de esta palabra no está suficientemente determinado siendo relativo el uso de una palabra, de tal forma que no se pueda decidir si una palabra es aplicable o no a una situación en particular.<sup>28</sup>

Esta misma indeterminación de corte analítico, la cual se profundizará más adelante, es la misma a través de la cual gira la concepción de la decisión judicial según H.L.A Hart.<sup>29</sup> Para Hart la necesidad de expresar las normas jurídicas como reglas generales de conducta traerá consigo la llamada “textura abierta del lenguaje” dentro de las normas jurídicas y a su vez casos claros donde no existen dudas en cuanto al significado de las palabras que contiene una regla y casos donde existe una “zona de penumbra” en la cual el juez obtiene una discrecionalidad para interpretar dichas palabras afectadas por la textura abierta del lenguaje en uno de los posibles significados. Esto no significa que la decisión del juez en estos casos para Hart sea arbitraria ya que la decisión deberá de ser un producto razonable y que contenga determinadas virtudes judiciales de neutralidad e imparcialidad.<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2014, p. 55.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 56.

<sup>27</sup> Rodríguez Manzanera, Carlos, *Introducción al estudio del derecho*, México, UNAM, Porrúa, 2017, p. 25,

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>29</sup> Hart, H.L.A, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, pp. 157-161.

<sup>30</sup> *Idem*.

Por último y más importante, Guastini también refiere que los problemas de interpretación de las normas no solamente se encuentran en los elementos sintácticos, semánticos y de textura abierta del lenguaje como fueron formulados, sino que existe una segunda indeterminación que radica en que tanto los intereses en conflicto de las partes como los “sentimientos de justicia” (preferencias ético-políticas) otorgaran diversas interpretaciones a las normas jurídicas.<sup>31</sup>

Duncan Kennedy se pregunta que tan indeterminado es el derecho y el cuerpo de los materiales jurídicos. Para responder esta pregunta primero se tiene que saber que tan frecuente es que existan casos donde se haya una única respuesta en la decisión judicial. La conclusión a la que llega es que esta pregunta no tiene respuesta, a esta problemática la denomina como “el problema cuantitativo”.<sup>32</sup>

El problema cuantitativo se fundamenta en que para obtener una decisión judicial es necesario un proceso interpretativo por parte del juzgador y la manipulación del cuerpo de los materiales jurídicos (trabajo jurídico) por lo cual no se puede obtener una sentencia de forma apriorística, sino que la experiencia se configura como condición necesaria.<sup>33</sup> En un mismo caso la experiencia será diferente según el juzgador, por múltiples factores como es su proyecto vital, su capacidad argumentativa, que tan docto en la materia sea, su educación jurídica, etc. Ya que la experiencia no puede ser considerada valorativamente neutra, Kennedy observa que los casos donde se busque encontrar objetividad son incuantificables y por lo mismo no puede saberse que tan indeterminado es el cuerpo de los materiales jurídicos.<sup>34</sup> Para Duncan Kennedy el derecho a veces es determinado y a veces indeterminado, pero no se puede cuantificar esto. Duncan Kennedy rechaza la indeterminación radical y global del derecho, así como la

---

<sup>31</sup> Guastini, Riccardo, *op. cit.*, pp. 62-64.

<sup>32</sup> Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la decisión judicial...*, *op. cit.*, pp. 181-184.

<sup>33</sup> *Idem.*

<sup>34</sup> *Idem.*

posibilidad de que exista siempre una interpretación correcta en el derecho, aunque existan dificultades de penumbra y obscuridad en el contexto.<sup>35</sup>

La crítica a la objetividad del derecho es otro elemento para el entendimiento del cuerpo de los materiales jurídicos. Para Duncan Kennedy la objetividad del derecho en la decisión judicial es una cuestión más bien convencional en el discurso de los tribunales, que se identifica con la restricción que un juzgador se ve sometido al tener que resolver un caso y otorgar una respuesta objetivamente correcta y ajena a cualquier simpatía ideológica de este.<sup>36</sup> Para esta visión crítica, la objetividad del derecho es realmente una “pseudoobjetividad” consistente en la convención anterior señalada y en que existe la necesidad de resolver los casos según los criterios empleados anteriormente por otros jueces en casos similares.<sup>37</sup> La objetividad es algo que se encuentra realmente en la conciencia del individuo manifestándose en la decisión judicial como una percepción del juzgador que sucede cuando estudia un caso y que bien dicha objetividad puede consolidarse o diluirse mientras este estudio ocurre.<sup>38</sup> El caso anterior es denominado “objetividad interna” la cual ocurre solamente en el interior de juzgador de acuerdo con su experiencia con los materiales jurídicos, sin embargo, en el caso de que el juez concluya que su razonamiento será válido para la sociedad en general esta objetividad se transformará en una “objetividad externa”.<sup>39</sup>

La experiencia del juzgador por lo mismo es clave en relación con cómo este percibe los materiales jurídicos en cada caso. A esta percepción del juzgador se le conoce como configuración del campo jurídico y dependiendo de dicha configuración el juzgador podrá sentir mayor libertad o restricción en la ley para llegar a “la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar”.<sup>40</sup>

---

<sup>35</sup> Kennedy, Duncan, “Una alternativa fenomenológica de izquierda...”, *op. cit.*, p. 93.

<sup>36</sup> Kennedy, Duncan, “La distinción entre decisión judicial y legislación” en *Izquierda y Derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, p. 106.

<sup>37</sup> Robles Vázquez, Jorge y Tovar Silva, Yvonne Georgina, *op. cit.*, pp. 94-95.

<sup>38</sup> Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la decisión judicial...*, *op. cit.*, pp. 102-104.

<sup>39</sup> *Idem.*

<sup>40</sup> Robles Vázquez, Jorge y Tovar Silva, Yvonne Georgina, *op. cit.*, pp. 115-116.

Pueden clasificarse las configuraciones de los campos en dos grupos. En el primer grupo tenemos las configuraciones que en sentido lato describen las percepciones por una parte de restricción, en la configuración denominada como “campo minado”, y de libertad en la configuración de “caso de primera impresión”. El campo minado describe a los materiales jurídicos que traen consigo un caso fácil y que restringen al juzgador a obtener un resultado en particular, imposibilitando al juzgador si este no comparte su proyecto vital con dichos resultados a modificarlos para obtener una sentencia diferente.<sup>41</sup> El campo minado tiene su causa en que existen normas generales que determinan los alcances y la aplicación de otras normas generales con lo cual a menos que existan excepciones en el caso particular, la respuesta será otorgada por dichas normas que remiten a aquella que determina sus límites. El campo minado además se ve reforzado en el transcurso del tiempo por todo el bagaje de casos similares que se presentan como precedentes.<sup>42</sup>

El “caso de primera impresión” incluido en este primer grupo otorga libertad al juzgador para manipular los materiales jurídicos en busca de llegar a la sentencia que el desea. Esta configuración consiste en casos abiertos presentados por primera vez al cuerpo judicial donde no existen precedentes similares ni normas que tengan la suficiente fuerza normativa para constreñir al juzgador hacia una respuesta particular (*leading case*).<sup>43</sup> En estos casos si bien pueden existir limitaciones normativas que otorgan una “guía” hacia uno o más resultados, dicha configuración contiene una penumbra consistente en detalles particulares del caso que lo hacen diferente, donde a través del trabajo jurídico por parte del juzgador este podrá obtener una respuesta diferente.<sup>44</sup> Los casos de primera impresión con el transcurso del tiempo se irán convirtiendo en campos minados en la medida en que se repitan y se construyan precedentes y se llenen los vacíos legales.

---

<sup>41</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, pp. 158-159.

<sup>42</sup> *Idem*.

<sup>43</sup> Robles Vázquez, Jorge y Tovar Silva, Yvonne Georgina, *op. cit.*, pp. 118-119.

<sup>44</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, pp. 160-161.



El segundo grupo de las configuraciones del campo jurídico consiste en casos donde la restricción no se presenta tajantemente como en un campo minado ni la libertad en el juzgador se manifestará tan ampliamente como en un caso de primera impresión.<sup>45</sup> En este grupo el resultado de los casos dependerá del trabajo jurídico del juzgador y de su capacidad argumentativa.<sup>46</sup>

La primera configuración de este segundo grupo es “el campo no racionalizado” y consiste en los materiales jurídicos en los que ya se han resuelto casos similares a este, sin embargo, las soluciones que se han dado no se inclinan a favorecer una respuesta en particular, sino que en algunos casos se favorece la sentencia que quiere llegar el juzgador y en otros a la respuesta contraria a esta.<sup>47</sup> Además de esto el papel argumentativo del juez en esta configuración es secundario ya que son pequeños matices y circunstancias del caso lo que hace que este se incline a una o a otra respuesta.<sup>48</sup> El campo no racionalizado ofrece la oportunidad al juzgador de emitir una opinión que busque racionalizar el campo y justificar porque este caso y todos los similares deberían de resolverse conforme a su criterio.<sup>49</sup>

La segunda configuración de este grupo es “el campo contradictorio” que comparte similitudes con el campo no racionalizado en el sentido de que ya se han presentado con anterioridad casos similares con respuestas opuestas, sin embargo, a diferencia del campo no racionalizado en el campo contradictorio el papel argumentativo tiene un peso definitorio sobre la respuesta que se obtiene.<sup>50</sup> En estos casos el juez tiene que proporcionar argumentos necesarios para sustentar su decisión judicial puesto que en este campo existe una colisión entre principios, siendo estos, fuerzas opuestas en un sistema jurídico, para lo cual el juzgador deberá exponer las razones que favorecen a uno u otro.<sup>51</sup>

---

<sup>45</sup> Robles Vázquez, Jorge y Tovar Silva, Yvonne Georgina, *op. cit.*, pp. 118-119.

<sup>46</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, pp. 160-161.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pp. 161-162.

<sup>48</sup> *Idem*.

<sup>49</sup> *Idem*.

<sup>50</sup> Robles Vázquez, Jorge y Tovar Silva, Yvonne Georgina, *op. cit.*, p. 120.

<sup>51</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, pp. 162-165.

La tercera configuración de este grupo es “el campo que se desploma”, en el que básicamente es configurado por el ámbito argumentativo, ya que en un primer momento el campo aparenta una colisión de principios pero que a través de un argumento contundente dicha colisión es conciliada como si no existiera para favorecer una de las posturas que en un momento eran contradictorias.<sup>52</sup>

La última configuración es “el campo circular” en el que un caso fácil es comparado con otro caso fácil pero que son regulados por principios opuestos, esta comparación da como resultado que surjan similitudes entre ellos que parecían antes imposibles, similitudes que parecen el punto de contacto entre dos extremos.<sup>53</sup>

El cuerpo del material jurídico se convierte en un elemento clave en la decisión judicial pues repitiendo la analogía de Kennedy, este se convierte en los ladrillos con que el juez construye su decisión o la arcilla con la que el juez moldea la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar.

### **1.1.3 Los hechos que rodean el caso**

Una de las críticas más relevantes al positivismo jurídico por parte de los *CLS* es la que se le hace al formalismo jurídico como representación del derecho ajeno al contorno social y político que hay alrededor de este, donde se representa al derecho como un ente autónomo que se puede comprender y explicarse fuera de cualquier otro contexto que no sea el jurídico y sin contenidos morales que juzguen si una norma es aceptable o no.<sup>54</sup> En este sentido para los *CLS* el derecho es indeterminado puesto que la coyuntura político social es mutable, por lo que para comprender la interpretación de este y por lo tanto de la decisión judicial es necesario tomar en cuenta los hechos que rodean el caso, teniendo aquí a la coyuntura social y política alrededor de este, así como a los supuestos fácticos a

---

<sup>52</sup> *Ibidem*, pp. 165-167.

<sup>53</sup> *Ibidem*, pp. 167-168.

<sup>54</sup> Unger, Roberto Mangabeira, *The Critical Legal Studies Movement*, Massachusetts-Londres, Harvard University Press, 1986, pp. 1-8.

través de los cuales las partes sustentan sus pretensiones en un caso (por ejemplo, los hechos de una demanda).<sup>55</sup>

Los hechos que rodean el caso tienen un fuerte impacto en la decisión judicial, no solamente porque en los casos donde colisionan principios existen actores con intereses divergentes que muestran la coyuntura social y política en un lugar y momento determinado, sino que el juez no es ajeno a dicha coyuntura y su proyecto vital contiene una ideología con mayor afinidad a uno de estos intereses y, puede que sabiendo que su decisión tendrá un impacto social a favor de su concepción de justicia asuma un rol de activista social.<sup>56</sup> En este rol de activista, el juez cuando se enfrente a valorar los hechos de una demanda valorará en función de su propio proyecto vital y, por lo tanto, cuando dos partes en un litigio le presenten hechos contradictorios pero que según estas son objetivos, tendrá la tendencia de valorar según sus preferencias ideológicas, aunque no necesariamente estas valoraciones se mantengan en las sentencias sí existen pruebas que demuestren contundentemente lo contrario.

Dentro de la ciencia jurídica la concepción del derecho de Ronald Dworkin incluye en un sistema jurídico la existencia de principios en sentido lato que incluyen dentro de sí a las directrices y principios en sentido estricto.<sup>57</sup> Los principios y directrices precisamente representan estándares de justicia inmersa en un contexto social y que a través de su argumentación se busca la conciliación entre estos cuando colisionan.<sup>58</sup>

La distinción de los principios en sentido estricto y directrices radica en que ambos son estándares, pero los primeros se utilizan para el beneficio de preceptos morales o determinadas concepciones de justicia y equidad.<sup>59</sup> En cuanto a los segundos, estos benefician metas colectivas de la sociedad de acuerdo con sus necesidades. Dworkin define a las directrices como “al tipo de estándar que propone

---

<sup>55</sup> Robles Vázquez, Jorge y Tovar Silva, Yvonne Georgina, *op. cit.*, pp. 22-24.

<sup>56</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, pp. 95-102.

<sup>57</sup> Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, España, Ariel, 1989, pp. 72-73.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 72-73.

un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad”.<sup>60</sup> Dworkin por su parte las ejemplifica a través de políticas públicas como pueden ser programas para evitar accidentes automovilísticos.<sup>61</sup>

Duncan Kennedy sintetiza a través del concepto de “argumento de conveniencia pública” (*policy*) al argumento de contenido político y en favor de una ideología utilizado para dar razones favor de una directriz, pero para Kennedy el contenido de los argumentos de conveniencia pública, si bien puede tener implicaciones económicas su carácter es netamente político y favorece una ideología en particular.<sup>62</sup> Las reglas en un sistema jurídico son el resultado del compromiso alcanzado entre dos de estos argumentos y el juez los utiliza como fuerzas en el campo jurídico y razones en la adopción de una *ratio decidendi* aunque de forma secundaria a la aplicación directa de una norma.<sup>63</sup>

Los argumentos de conveniencia pública tienen su origen en los hechos que rodean el caso dado el supuesto que las metas colectivas de una sociedad no pueden ser concebidas fuera de las necesidades que tiene una sociedad en una coyuntura particular.

Los hechos que rodean el caso de esta manera se configuran en un elemento clave en la decisión judicial cuando el juez tiene que operar con principios y directrices. Su argumentación tendrá que girar en torno a lograr dar las razones suficientes para la aplicación de un principio o directriz en oposición a otro cuando estos entran en colisión, así como interpretar los supuestos facticos que generan el caso de acuerdo con la obtención de “la-sentencia-que-yo-quiero-llegar”.

#### **1.1.4 El “trabajo jurídico” por parte del juzgador**

---

<sup>60</sup> *Idem.*

<sup>61</sup> *Idem.*

<sup>62</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, pp. 111-112, 143-144.

<sup>63</sup> *Idem.*

Una vez que el juzgador obtiene una aprehensión inicial de la ley y del cuerpo de los materiales jurídicos en un caso, el juzgador manipulará la ley y realizará un trabajo argumentativo para llegar a “la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar”. La obtención de dicha sentencia presupone lo que Duncan Kennedy llama “comportamiento estratégico” y el “trabajo jurídico” por parte del juzgador.

Uno de los aspectos más importantes en la concepción de la decisión judicial de Duncan Kennedy es la existencia de múltiples respuestas para un caso y dicha premisa queda expuesta en su definición de comportamiento estratégico en la interpretación del derecho, que consiste en “la elección, fundada en motivaciones externas, de trabajar para desarrollar una de las posibles soluciones del problema jurídico en cuestión en lugar de otra”.<sup>64</sup>

El comportamiento estratégico se manifiesta en tres tipos distintos de interpretación. El primer tipo consiste en el trabajo argumentativo del juzgador para conseguir el efecto de necesidad jurídica para el resultado que él otorga cuando en un principio la ley aparentemente exigía otro resultado distinto.<sup>65</sup> Kennedy ejemplifica cuando el juzgador crea la necesidad de aplicar una excepción a la norma que exigía un resultado distinto para de esta manera obtener otro resultado.<sup>66</sup>

El segundo tipo es la transformación de un caso en el que aparentemente existía un margen discrecional en la decisión del juzgador, a un caso en el que el resultado que otorga el juez no tenía alternativas y dicha discreción desaparece.<sup>67</sup>

El tercer tipo de comportamiento es la transformación de un caso que parecía tener una respuesta obvia a un caso en el que la respuesta se abre de par en par otorgando múltiples posibilidades en la decisión al juzgador.<sup>68</sup>

El comportamiento estratégico en los jueces puede variar o ser más frecuente en ciertos prototipos que él describe según su comportamiento. El presupuesto de

---

<sup>64</sup> Kennedy, Duncan, “El comportamiento estratégico...”, *op. cit.*, p. 28.

<sup>65</sup> Kennedy, Duncan, “Una alternativa fenomenológica de izquierda...”, *op. cit.*, pp. 93-94.

<sup>66</sup> *Idem.*

<sup>67</sup> *Idem.*

<sup>68</sup> *Idem.*

estos prototipos es que ninguno de ellos le es fiel al derecho pues de lo contrario su comportamiento no sería estratégico.<sup>69</sup>

El primer prototipo es el del juez activista (restringido). Duncan Kennedy considera que el trabajo de este juez está motivado por cuestiones extrajurídicas, buscando imprimir en cada resolución su concepción particular de justicia, dando como resultado si tiene éxito en su trabajo que los mandatos del derecho se transformen para tener afinidad con su ideología liberal o conservadora.<sup>70</sup> El juez activista es el tipo de juez que busca el primer tipo de comportamiento estratégico, transformando los casos que pueden tener respuestas obvias a la respuesta con la que se identifica su ideología, a veces puede tener éxito y cuando no lo tiene simplemente aplica la norma que difiere con sus preferencias.<sup>71</sup>

El segundo prototipo es el del juez mediador que es aquel juez que es consciente de la existencia del conflicto ideológico en la decisión judicial y los grupos de interés que hay en esta. Por lo tanto, el juez mediador tiene una postura más pasiva comparada con la del juez activista y trabaja por lo mismo para que sus decisiones encuentren el menor impacto a favor de un grupo de interés, buscando la aplicación de normas que se ubiquen en el medio de las normas liberales o conservadoras como polos ideológicos en el sistema jurídico.<sup>72</sup> Si bien una decisión judicial negará u otorgará derechos a uno de estos intereses beneficiándolo, el trabajo del juez mediador radica en otorgar resoluciones donde la estructura de las normas tenga un carácter moderado y no los intereses que las partes puedan tener.<sup>73</sup>

El tercer prototipo de juez es el del juez bipolar. Este es el juez que trabaja en torno a su carrera judicial buscando que esta muestre resultados en las decisiones judiciales donde todos los espectros ideológicos estén presentes, de tal manera que exista la impresión de su figura como un funcionario imparcial.<sup>74</sup> El juez

---

<sup>69</sup> Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, Trotta, 2015, p. 84.

<sup>70</sup> Kennedy, Duncan, "El comportamiento estratégico...", *op. cit.*, pp. 38-41.

<sup>71</sup> *Idem.*

<sup>72</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, pp. 41-42.

<sup>73</sup> *Idem.*

<sup>74</sup> *Idem.*

bipolar tiene tendencia a alternar sus decisiones beneficiando en ocasiones posturas conservadoras y en otras posturas liberales. En este aspecto se comporta con similitud al juez activista construyendo activamente argumentos y decisiones judiciales que manifiesten una posición ideológica dura, sin embargo, esto no significa que el juez bipolar sea afín a dicha posición ideológica, sino que su proyecto vital le indica que debe resolver de dicha forma para conseguir alternar el contenido ideológico en sus decisiones para que la figura que alguien pueda tener como espectador externo a su trabajo sea el de un juez independiente.<sup>75</sup>

Se entiende entonces que los jueces se comportan estratégicamente para otorgar un resultado en particular, este resultado no puede llevarse a cabo sino mediante el concepto de “trabajo jurídico” proporcionado por Kennedy, que es inspirado por Husserl y por los manuscritos económicos y filosóficos de Marx.<sup>76</sup>

Kennedy entiende por trabajo jurídico a “la transformación de una aprehensión inicial de lo que los materiales jurídicos del sistema exigen, realizado por un actor que persigue una meta o una visión de lo que deberían de exigir”.<sup>77</sup> Dicho trabajo se lleva a cabo mediante los diferentes tipos de comportamiento estratégico señalados anteriormente.

El trabajo jurídico tiene como presupuesto a la oposición o resistencia del derecho. Esta es la característica de la ley en su carácter de elemento que restringe y dificulta “la-sentencia-a-la que-yo-quiero-llegar”.<sup>78</sup> Por supuesto, la oposición o resistencia podría manifestarse, al contrario, como los elementos que constituyen y fundamentan mi sentencia si esta fuera opuesta en el contenido ideológico, de tal manera que la oposición o resistencia solo es tal, conforme a una cuestión de intereses.<sup>79</sup> De la oposición o resistencia surge la restricción en la decisión judicial.

Metafóricamente la restricción podría concebirse como las posibilidades creativas que una persona tiene con ladrillos. Si bien no existen infinitas

---

<sup>75</sup> *Idem.*

<sup>76</sup> Kennedy, Duncan, “Una alternativa fenomenológica de izquierda...”, *op. cit.*, pp. 90-91

<sup>77</sup> *Idem.*

<sup>78</sup> Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la decisión judicial...*, *op. cit.*, pp. 120-121.

<sup>79</sup> *Idem.*

posibilidades de crear cualquier construcción con estos, si nos ofrecen una amplia gama de posibilidades como un muro o una casa, pero no un acuario. Esta sensación de restricción no es totalmente un producto intrínseco de la ley, sino que existen factores sociales que rodean al juzgador y que también crean esta sensación.<sup>80</sup> Entre estos factores podemos encontrar:<sup>81</sup>

- El deber de fidelidad al derecho al que un juez está comprometido frente a la sociedad y que lo constriñen a otorgar una resolución que se vea respaldada por argumentos convincentes.
- Las consecuencias negativas que pueda tener un juez de parte su comunidad si viola dicho deber de fidelidad y se desaprueba su trabajo.
- La necesidad de realizar un trabajo argumentativo lo suficientemente sólido para que su resolución no sea revocada en una instancia superior.
- El “costo en legitimidad” que un juez puede tener al otorgar determinada resolución. Entendiendo por “costo en legitimidad” el aumento o descenso de prestigio, credibilidad o carisma que un juzgador puede tener ante un público en particular debido a su capacidad argumentativa y el éxito en sus resoluciones.<sup>82</sup>

Para ejemplificar en que consiste el trabajo jurídico podemos tomar el prototipo del juez activista como individuo que busca transformar la aprehensión inicial que le dio la ley y obtener “la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar”. El juez activista, que en este ejemplo será de izquierda se asume como un agente de cambio y de transformación en la sociedad por lo que su trabajo jurídico tendrá un doble objetivo. Buscará no solamente que una de las partes en juicio obtenga los beneficios concretos que su fallo pueda otorgarle (por ejemplo: la validez de un contrato colectivo de trabajo y su cumplimiento) sino que también busca que dicho fallo impacte en el sistema jurídico y por lo tanto en la sociedad (por ejemplo: el fortalecimiento de los sindicatos de trabajadores a través de sus contratos

---

<sup>80</sup> *Ibidem*, pp. 122-127.

<sup>81</sup> *Idem*.

<sup>82</sup> *Ibidem*, pp. 126.



colectivos).<sup>83</sup> Esto es lo que Duncan Kennedy llama “ataque frontal a la ley”. Que consiste no solamente en la obtención de un resultado material que beneficie a una de las partes, como puede ser el pago del salario y prestaciones por parte del patrón hacia el trabajador, ya que dicho resultado puede obtenerse no solamente a través de su resolución judicial, (las partes pueden llegar a un arreglo entre ellas que beneficien las demandas de los trabajadores). Sino que a través del ataque frontal a la ley el juez espera que su resolución pueda obtener un impacto a favor figura del trabajador y debilitar institucionalmente la figura patronal.<sup>84</sup>

El trabajo jurídico para llegar a “la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar” se compone por múltiples factores que perciben los jueces y múltiples herramientas que estos utilizan para otorgar una resolución coherente con el sistema jurídico y que además tenga la apariencia de ser la decisión necesaria.

A partir de aquí surgen lo que Kennedy denomina “estrategias de ejecución” y que son derivadas del cuerpo de los materiales jurídicos. Las estrategias de ejecución son las diferentes alternativas que un juez que se comporta estratégicamente tiene en su interpretación y argumentación para otorgar una resolución y son resultantes de los elementos manipulables en el cuerpo de los materiales jurídicos y cómo estos elementos son manipulados.<sup>85</sup> El juzgador puede tanto replantear los hechos y la *ratio decidendi* para reformular un caso y otorgar una sentencia acorde a su comportamiento estratégico.

El juez posee en su interpretación un arsenal de herramientas para poder obtener el resultado deseado con lo cual habría que mencionar aquellas que Duncan Kennedy destaca, siendo estas el método de la “coherencia” y la ponderación como herramientas donde el juzgador resuelve lagunas, ambigüedades o contradicciones en el sistema jurídico y al “cambio de jurisprudencia” como herramienta para crear un nuevo precedente en el sistema del *common law*.

---

<sup>83</sup> *Ibidem*, pp. 106.

<sup>84</sup> *Idem*.

<sup>85</sup> *Ibidem*, pp. 171-172.

El Método de la “coherencia” o “encaje”: Consiste en la creación de normas jurídicas por parte del juez cuando en el sistema jurídico existen lagunas, ambigüedades o contradicciones. El juez busca crear una nueva norma que busque racionalizar el sistema jurídico y a la vez promover los sectores de este sistema que sean afines con su ideología.<sup>86</sup> El juez trabaja el sistema y no con la interpretación en la definición de una palabra en particular para aplicar una norma en concreto. Lo que el juez realiza en este método es buscar “encajar” las normas jurídicas en los hechos a través de la manipulación de ambos. Cuando el juzgador obtiene una resolución está creando derecho ya que la sentencia en si es una norma jurídica, sin embargo, Kennedy considera que la creación de derecho a través del método de la “coherencia” se manifiesta en el sistema del *common law* en E.U.A cuando la sentencia emitida se constituye como precedente e influye en las resoluciones similares.<sup>87</sup>

La ponderación es entendida por Kennedy en la concepción convencional como la elección del juzgador como “último recurso” en la aplicación de una norma o principio entre varios posibles cuando existen lagunas, ambigüedades o contradicciones y en el entendido de que dicha norma o principio es el idóneo para la obtención de una respuesta entre las múltiples opciones existentes.<sup>88</sup> La norma o principio es elegida no de forma aislada sino en su carácter de “vector” como fuerza que en el sistema se inclina a la protección de una concepción determinada de equidad o una meta colectiva y solamente puede aplicarse si esta deriva del cuerpo de los materiales jurídicos.<sup>89</sup> La crítica de Kennedy hacia la ponderación es el carácter que tiene como resquicio para la introducción ideológica en la decisión judicial siendo esta el “caballo de troya” para la ideología, por otra parte, no existe un consenso general en cuanto a la frecuencia en que debe utilizarse.<sup>90</sup>

---

<sup>86</sup> Kennedy, Duncan, “La distinción entre decisión judicial...”, *op. cit.*, pp. 119-121.

<sup>87</sup> *Idem.*

<sup>88</sup> Kennedy, Duncan, “A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law”, en Brownsword, Roger *et al.* (ed.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford-Oregon, Hart Publishing, 2011, pp. 189-191.

<sup>89</sup> *Idem.*

<sup>90</sup> *Idem.*

Respecto a la posición de Mark Tushnet este relaciona a la ponderación directamente con la indeterminación técnica del derecho y la concibe como la definición de un derecho resultante de un proceso de creación de equilibrio.<sup>91</sup> Esta creación de equilibrio se obtiene en la comparación de intereses que están en juego, pudiendo ser intereses *ad hoc* de acuerdo con el caso en particular o intereses ampliamente definidos en por su aparición en múltiples casos.<sup>92</sup> Según Tushnet no existe una teoría sustantiva de los derechos que le indique al juez objetivamente en cuales casos un derecho vale más que otro, de lo contrario si así fuera la ponderación no existiría. Lo anterior es derivado de la indeterminación fundamental del derecho como la ausencia de precisión para determinar sus contenidos y resultados, por lo cual la indeterminación técnica se deriva de la fundamental y la ponderación como tal es únicamente un instrumento argumentativo, mas no logra convertirse en una herramienta que otorgue sustancia o peso real a los derechos.<sup>93</sup>

El cambio de jurisprudencia (*overruling*) es una técnica perteneciente al sistema del *common law* en E.U.A para romper con la doctrina del *stare decisis* y que el juez pueda aplicar una nueva regla jurídica y romper dicha obligación que tenía de aplicar un precedente en particular. La doctrina del *stare decisis* consiste en la obligación de los tribunales a la aplicación de precedentes en su decisión judicial que fueron emitidos por tribunales de igual o mayor rango, cuando el caso es análogo al caso que dio pie a la emisión de dicho precedente por ser este caso una novedad en el sistema jurídico (*leading case*).<sup>94</sup> El cambio de jurisprudencia es una técnica de rara aplicación ya que requiere el desgaste en legitimidad moral de un precedente, lo que es consecuencia del cambio de posturas éticas admisibles a inadmisibles y viceversa en la sociedad través del paso del tiempo.<sup>95</sup>

El éxito en la argumentación judicial está condicionado a diversos factores provenientes del cuerpo de los materiales jurídicos y el trabajo del juzgador. La argumentación jurídica en la decisión judicial gira en torno a la manipulación del

---

<sup>91</sup> Tushnet, Mark, *op. cit.*, pp. 120-121.

<sup>92</sup> *Idem.*

<sup>93</sup> *Idem.*

<sup>94</sup> Atienza, Manuel, *op. cit.*, pp. 333.

<sup>95</sup> Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la decisión judicial...*, *op. cit.*, pp. 65-68.

cuerpo de los materiales jurídicos, pero entre estos menos sean alterados existe menor posibilidad de que el razonamiento del juez pueda ser refutado. Kennedy anuncia otros factores importantes del trabajo jurídico que son constitutivos para que el juez obtenga un resultado exitoso y estos son “el compromiso práctico”, la proyección y la *virtu*.

Cuando un juez determina obtener “la-sentencia-a-la-que-quiero-llegar” según una estrategia de ejecución particular, al mismo tiempo el juez se restringe así mismo ya que una porción del cuerpo del material jurídico queda descartada por no ser el idóneo a los fines del juez y si surgen elementos relevantes que aporten nueva información al caso estos harán que la estrategia tenga que ser reformulada.<sup>96</sup> Esto es lo que Kennedy denomina “compromiso práctico”.<sup>97</sup> El compromiso práctico genera la obligación al juzgador de aferrarse a dicha estrategia con la posibilidad de que nunca obtenga un argumento convincente para obtener el resultado deseado o que a la mitad del proceso descubra algún error en su razonamiento o que surja nueva información que derrumbe su trabajo.

La “proyección” es la apreciación del juzgador del cuerpo de los materiales jurídicos. El juzgador puede creer encontrarse frente a un campo minado, aunque la apreciación de la sociedad sea otra, su misión será entonces realizar el trabajo jurídico y la argumentación que pueda convencer de la proyección que él tiene del campo.<sup>98</sup>

La “*virtu*” es la capacidad de un jugador de manipular el cuerpo de los materiales jurídicos y obtener el resultado que el desea. Esta capacidad tiene múltiples factores en su proyección como puede ser la capacidad argumentativa del juez, que tan ilustrado sea en la materia, que tanta experiencia tenga el juez en casos similares, su carga de trabajo e incluso factores psicológicos como puede ser su estado de ánimo y mental.<sup>99</sup>

---

<sup>96</sup> *Ibidem*, pp. 173-174.

<sup>97</sup> *Idem*.

<sup>98</sup> *Ibidem*, pp. 176-177.

<sup>99</sup> *Ibidem*, pp. 177-178.

La denominación de “trabajo jurídico” hace referencia como tal a la manipulación del cuerpo de los materiales jurídicos, sin embargo, este trabajo en realidad es estrictamente ideológico ya que el juzgador manifestará una actitud favorable a sobreponer sobre otros intereses ideológicos divergentes a los de él los suyos, satisfaciendo de esta manera necesidades colectivas de defensa, cohesión y dominio de este grupo y sus intereses.<sup>100</sup> Tanto su capacidad argumentativa como el derecho que se le presente serán solamente los instrumentos para llevar cabo estas tarea.

El trabajo jurídico exitoso bien podría expresarse de esta manera:

- I) El juez *B* desea que la decisión judicial *X* afín a su ideología esté justificada,
- II) El juez *B* estudia el cuerpo de los materiales jurídicos respectivos a la decisión judicial *X*,
- III) El juez *B* concluye que a partir de realizar un proceso argumentativo particular hará consecuente la justificación de la decisión judicial *X*,
- IV) El juez *B* realiza dicho proceso argumentativo,
- V) El juez *B* cree que la decisión judicial *X* está justificada externamente.

El trabajo jurídico por parte del juzgador es un elemento fundamental en la decisión judicial. Un juez puede tener éxito o fracasar en el intento de obtener la sentencia que él quiere, sin embargo, el presupuesto a esto es la manipulación al cuerpo de los materiales jurídicos y su capacidad argumentativa. La manifestación ideal del trabajo jurídico del juez consiste en que la sentencia que el otorgue dé la impresión a un espectador externo de que el juez se encontraba ante un campo minado en el cuerpo de los materiales jurídicos y que su decisión es solamente producto de estricto derecho ya que este lo restringió a operar la ley de forma mecánica.

---

<sup>100</sup> Villoro, Luis, *Creer, saber, conocer...*, *op. cit.*, pp. 109-111.

## **1.2 La decisión judicial según las teorías de H.L.A. Hart, Ronald Dworkin y Robert Alexy**

Estas tres teorías reúnen puntos de vista divergentes que surgen a partir del enfoque metodológico, sin embargo, a pesar de ello muestran relaciones entre sí que muestran coincidencias y divergencias sin ser totalmente contrarias. Puede decirse que los puntos definitorios de estas teorías son como punto de partida las relaciones entre el derecho y la moral, los mecanismos de interpretación y posteriormente la negación o afirmación de una única respuesta en la adjudicación judicial.

En el caso de Hart, a través de un “positivismo suave”, considera las relaciones entre el derecho y la moral son existentes pero tangenciales y concluye que en los casos difíciles existe una discreción judicial supeditada a una argumentación racional. Dworkin pudiera decirse que es la antítesis de Hart al sostener la relación necesaria entre la moral y el derecho, así como la existencia de una única respuesta en los casos difíciles. Por último, Alexy muestra una postura intermedia al afirmar la relación necesaria entre el derecho y la moral, pero negando la tesis de la única respuesta de Dworkin considerándola una idea regulativa.

### **1.2.1 H.L.A. Hart**

La decisión judicial en la teoría del derecho de Herbert Lionel Adolphus Hart tiene una alta importancia para comprender de forma general su pensamiento ya que en ella su concepción de la naturaleza del derecho se manifiesta como un positivista “suave” según sus propias palabras y altamente influenciado por la filosofía analítica y del lenguaje que había prosperado en Inglaterra a principios del siglo XX a partir de los trabajos de Bertrand Russell, G.E Moore y Ludwig Wittgenstein.<sup>101</sup>

Si bien Hart nunca desarrolló una teoría de la argumentación jurídica donde se profundice a fondo al derecho como argumentación y el proceso argumentativo

---

<sup>101</sup> H.L.A. Hart, “Postscriptum”, en *La decisión judicial. El debate Hart - Dworkin*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 2005, pp. 106-111.

de los jueces en la decisión judicial, en su obra principal titulada “*El concepto de Derecho*” Hart construye una teoría general del derecho en donde desarrolla el papel del juez en la interpretación del derecho no en términos políticos sino describiendo cómo es esta actividad en relación a la aplicación del sistema de reglas que el propone, para así poder responder una de las incógnitas más importantes acerca de la decisión judicial, siendo esta si existe o no una única respuesta en la resolución de un caso particular.

Esta idea de positivismo suave en Hart representa una postura de positivista moderado en la que acepta que una “regla de reconocimiento” que funciona como criterio de validez para otras normas en un sistema jurídico y para identificarlas dentro de dicho sistema, puede incorporar principios morales o valores sustantivos en el que las normas deberán de adecuarse de conformidad a estos para ser válidas.<sup>102</sup> El positivismo “suave” de Hart también se desarrolla cuando explica el contenido mínimo de derecho natural que existe en un sistema jurídico, así como en las influencias de la moral en el derecho y en la decisión judicial.

La nota central para explicar la decisión judicial en el pensamiento de Hart gira en torno a la textura abierta del lenguaje. La textura abierta del lenguaje es un fenómeno que se da en forma natural en cualquier sistema jurídico de una sociedad medianamente compleja y que es derivado de la necesidad de expresar una norma jurídica como de pautas o criterios generales de conducta a través de formas generales explícitas del lenguaje, para que de esta forma se eviten normas casuísticas inoperantes y que estas puedan aplicarse a la sociedad en su totalidad.<sup>103</sup> Sin embargo, esta forma de expresión de las normas jurídicas trae consigo dentro de algunas de estas las ya anteriormente mencionadas ambigüedad y vaguedad en el lenguaje. Hart ejemplifica cómo puede suceder esto en algunos casos:

Habrán por cierto casos obvios, en que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables. (“Es indudable que un automóvil es

---

<sup>102</sup> *Idem.*

<sup>103</sup> H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 156-157.

un vehículo”). Pero habrá casos frente a los que no resulta claro si aquellas se aplican o no (“La palabra vehículo, tal como se la usa aquí, ¿comprende aeroplanos, bicicletas, patines?”). Estos últimos casos son situaciones de hecho, que la naturaleza o la inventiva humana continuamente presentan, y que solo exhiben algunas de las características del caso obvio, mientras que les faltan otras. Los cánones de “interpretación” no pueden eliminar, aunque si disminuir, estas incertidumbres; porque estos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje y emplean términos generales que también requieren interpretación.<sup>104</sup>

De este problema se desprende la inexistencia en aquellos casos donde hay textura abierta del lenguaje para determinar con precisión cual es la forma de conducta exigida por una norma afectada por esta problemática creándose así preceptos donde existe un “núcleo de certeza” y otros donde existe una “zona de penumbra” en su interpretación.

Los preceptos con un “núcleo de certeza” sólido darán en su interpretación el resultado de estar frente a un caso “claro” el cual se caracteriza por la unanimidad en la interpretación de una norma y la conducta que esta exige ya que estos preceptos contienen ejemplos claros de conceptos que en su interpretación no existe duda del sentido en que deben ser entendidos.<sup>105</sup> Estos casos claros son indiscutibles en cuanto a cuestiones semánticas y sintácticas con lo cual, según Hart, un juzgador no tendrá discrecionalidad en su decisión cuando se encuentre ante este supuesto.<sup>106</sup>

Por otra parte, los preceptos que se encuentran en la “zona de penumbra” resultan dentro de la decisión judicial en casos “difíciles” en los cuales, según Hart, se manifiesta el ámbito discrecional del juzgador.<sup>107</sup> El ámbito discrecional del juzgador es equivalente para Hart a la elección del juzgador para darle un significado concreto al lenguaje que es vago o ambiguo dentro de un precepto jurídico, de tal manera que el significado que el juzgador le otorgue a este precepto será determinante para llegar a un resultado en su decisión judicial y que pudiese

---

<sup>104</sup> *Ibidem*, pp. 157-158.

<sup>105</sup> MacCormick, Neil, *H.L.A. Hart*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 230.

<sup>106</sup> H.L.A., Hart, *op. cit.*, pp. 158-159.

<sup>107</sup> *Ibidem*, pp. 159-160, 164.



ser diferente si el juez hubiese elegido un significado distinto.<sup>108</sup> Este problema anterior se configura además por la incapacidad de que las normas jurídicas puedan predecir en su totalidad los conflictos que llegan a los tribunales, dado que la complejidad de la realidad y la constante transformación de la sociedad hace que no exista un número limitado y cuantificado de litigios que puedan tener un resultado predicho antes de que estos ocurran, solo de esta forma la decisión judicial se resumiría en un trabajo mecánico.<sup>109</sup> Hart lo expresa de esta manera:

Es una característica de la condición humana (y por ello también de la condición de los legisladores) que en todos los casos que tratamos de regular, en forma no ambigua y por adelantado, alguna esfera de conducta por medio de criterios o pautas generales, para ser utilizados sin nuevas directivas oficiales en ocasiones particulares, nuestro empeño halla dos obstáculos conectados entre sí. El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de propósitos. Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y estas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular por adelantado para toda posibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección.<sup>110</sup>

El deber de un juez de otorgar una resolución en cualquier caso le impone la obligación de interpretar y “legislar positivamente” en aquellos casos que no están reglamentados ni han sido previstos, por lo que el juez ejerce un poder discrecional en el que no está aplicando el derecho, sino que rellena estos vacíos y al mismo tiempo crea una nueva ley.<sup>111</sup>

Otra nota relevante en la discrecionalidad del juez en la decisión judicial es la que surge del estrecho vínculo que existe entre la moral y el derecho. Hart detalla como una de las conexiones e influencias necesarias de la moral en el derecho es la que surge en la interpretación de este, en la que menciona la existencia en un sistema jurídico de principios de justicia o valores morales sustantivos.<sup>112</sup> Hart

---

<sup>108</sup> *Ibidem*, pp. 159-160.

<sup>109</sup> Garavito Rodríguez, César, “Estudio introductorio” en *La decisión judicial. El debate Hart - Dworkin*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 2005, pp. 33-34.

<sup>110</sup> H.L.A., Hart, *op. cit.*, pp. 159-160.

<sup>111</sup> Garavito Rodríguez, César, *op. cit.*, p. 34.

<sup>112</sup> H.L.A., Hart, *op. cit.*, pp. 251-252.

ejemplifica a los casos de elevada importancia constitucional en los cuales la interpretación del juez conlleva la discreción de elegir entre la colisión de valores morales. Esto es un ejemplo de ponderación y en la cual para Hart esta es una figura que demuestra la inexistencia de la “única respuesta” en los casos en que el juez posee discrecionalidad judicial ya que la moral no siempre podrá otorgar una respuesta clara.<sup>113</sup>

Si bien Hart concibe una discrecionalidad limitada del juez que en última instancia le otorga la potestad de elegir en la decisión judicial una respuesta entre múltiples, Hart no afirma que la decisión judicial sea un producto arbitrario o del capricho del juez como la concepción de los realistas norteamericanos radicales, sino que la decisión deberá sustentarse en una interpretación razonable de las normas jurídicas y las limitaciones que estas le impongan, incluyéndose aquí a los principios jurídicos, además dicha decisión no debe conllevar la comisión de un acto injusto.<sup>114</sup> Esto es lo que Hart llama “virtudes judiciales”, consistente en la imparcialidad y neutralidad de corte procesal para aplicar las mismas normas a cualquier persona dejando a fuera prejuicios o intereses de parte del juez.<sup>115</sup>

Esta discrecionalidad moderada en los casos difíciles descrita por Hart se constituye como una tesis intermedia ya que se opone en puntos particulares a las tesis formalistas y a las realistas que se entienden como extremos contrarios en la decisión judicial. Por una parte, las tesis formalistas explican la decisión judicial como un trabajo mecánico, racionalista y donde la operación lógica de subsunción basta para realizar un trabajo exitoso.<sup>116</sup> Por otra parte, las tesis realistas afirman la discreción *cuasi* arbitraria en la decisión judicial. Hart en cambio para refutar ambas tesis señala la existencia de casos fáciles que son los cotidianos y comunes en los que la decisión judicial se asemeja a la tesis formalista y por lo tanto discrepa de la realista, pero también señala los casos difíciles donde existe textura abierta del

---

<sup>113</sup> *Ibidem*, pp. 252-253.

<sup>114</sup> *Idem*.

<sup>115</sup> *Ibidem*, pp. 255.

<sup>116</sup> Garavito Rodríguez, César, *op. cit.*, pp. 69-71.

lenguaje, en los que la decisión judicial se asemeja a la tesis realista y discrepa de la formalista.<sup>117</sup>

En torno a la idea de discreción judicial, Hart apoyó y adoptó la teoría de su alumno Neil MacCormick quien en su obra principal "*Legal Reasoning and Legal Theory*" desarrolló una teoría de la argumentación jurídica altamente influida por Hart en la que profundizó teóricamente respecto a la decisión judicial.<sup>118</sup> La profundización a la teoría de Hart respecto a la discrecionalidad explora las limitantes que esta tiene en cuanto a los requisitos de razonabilidad en casos difíciles y cómo se manifiestan las "virtudes judiciales" que Hart enuncia.

En primer lugar, los jueces deben adherirse al principio de justicia formal, consistente en tratar igual a los casos iguales y desigual a casos diferente. Este principio implica tanto la restricción a futuro de al resolver un caso actual asumiendo que los posteriores casos similares deberán ser resueltos de la misma forma y la restricción al pasado donde el juzgador deberá de usar como guía casos pasados para resolver un caso actual que sea similar a los que ya ha resuelto (justificación de primer nivel).<sup>119</sup> En segundo lugar, el juzgador deberá de justificar el criterio de decisión elegido en torno a las consecuencias que esta puede ocasionar. Esto trae consigo que la resolución tendrá que ser no solo coherente lógicamente en términos formales, sino que la decisión se deberá de sustentar razones finalistas en que los resultados materiales que fuera a causar tendrán que ser acorde con el sentido común, y valores sustantivos que el sistema jurídico proteja.<sup>120</sup> En tercer lugar, su resolución deberá ser coherente conforme a la lógica interna del sistema jurídico. MacCormick sostiene que la decisión deberá de ser análoga con el sistema jurídico, siendo la decisión una extrapolación racional de las normas o principios aplicables.<sup>121</sup> Por último, la decisión deberá ser conforme al requisito de consistencia. Este requisito significa que la decisión no podrá ser contraria con el

---

<sup>117</sup> *Ibidem*, pp. 69-71.

<sup>118</sup> MacCormick, Neil, *H.L.A. Hart...*, *op. cit.*, p. 237.

<sup>119</sup> MacCormick, Neil, *Razonamiento jurídico y Teoría del derecho*, Lima, Palestra, 2018, pp. 111-112.

<sup>120</sup> Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 122-125.

<sup>121</sup> MacCormick, Neil, *op. cit.*, pp. 161-163.

resto de las normas del sistema que previamente se han establecido, siguiendo un parámetro de interpretación razonable.<sup>122</sup> En los casos difíciles en que un principio sea contrario con otro y tenga que elegirse uno de estos, la elección del juzgador podrá ser contraria a un principio en colisión mas no a otras reglas que dentro de la interpretación realizada sean aplicables.

### 1.2.2 Ronald Dworkin

En sus principales obras relativas a la decisión judicial, Ronald Dworkin desarrolla una teoría en contraria a las principales tesis del positivismo jurídico haciendo especial énfasis en criticar la teoría del H.L.A Hart quien fue su antecesor de catedra en Oxford. La filosofía del derecho formulada por Dworkin ha sido concebida en diferentes corrientes filosóficas, sin embargo, la concepción de que Dworkin es un postpositivista parece ser la más acertada.<sup>123</sup>

El postpositivismo se caracteriza por ser una teoría que concibe al derecho no como un producto o realidad dada por parte del legislador sino como una práctica social que toma no solamente las fuentes del derecho para resolver problemas jurídicos ya que estas muchas veces son insuficientes para resolver casos difíciles y es necesario para ello una interpretación moral del derecho.<sup>124</sup> Por ello es que esta teoría niega la tesis del positivismo sobre la conexión no necesaria entre la moral y el derecho ya que es necesario un elemento valorativo del derecho que le dé sentido como práctica social de acuerdo a las características particulares de la sociedad en cuestión. Esta valoración del derecho deberá de ser congruente con principios supremos incorporados en una Constitución.

Otro elemento del postpositivismo a destacar es el cambio de paradigma en torno al sujeto quien es centro del análisis jurídico. Tanto positivistas como iusnaturalistas adjudicaban este papel al legislador. El positivismo concebía al

---

<sup>122</sup> MacCormick, Neil, *H.L.A. Hart...*, *op. cit.*, p. 237.

<sup>123</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *Manual de argumentación jurídica*, México, Porrúa, UNAM, 2016, pp. 141-142.

<sup>124</sup> Calsamiglia, Albert, "Postpositivismo", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, v. 1, n. 21, dic. 1998, pp. 211-215.

derecho como producto de la voluntad del estos, en oposición a esta afirmación, el postpositivismo considera que es el juez el centro principal de análisis ya que este es el que al resolver casos concretos concibe los fines auténticos del derecho como práctica social debiendo realizar en esto un trabajo de filosofía política.<sup>125</sup>

Ronald Dworkin fue uno de los primeros filósofos que comenzó a desarrollar esta teoría en dos de sus obras jurídicas principales: “*Los derechos en serio*” (1977) y “*El imperio de la justicia*” (1986). En la primera de ellas desarrolla su concepción particular del derecho, añadiendo la importante incorporación de “principios” dentro un sistema jurídico y criticando la concepción de la decisión judicial de H.L.A Hart principalmente en relación con la discreción de los jueces en los casos difíciles. En *El Imperio de la justicia* Dworkin expande su trabajo hacia una concepción argumentativa del derecho que se centre en exponer al derecho como un concepto que solamente puede entenderse a través de una interpretación integral y holística, además en esta obra plantea su famosa tesis de la “única respuesta” en la que un juez hipotético denominado “Hércules” con capacidades extraordinarias de interpretación acierta en descubrir la única respuesta verdadera que existe en los casos difíciles.

En primer lugar, es necesario entender la concepción del derecho de Dworkin para poder desarrollar posteriormente su teoría de la decisión judicial. El derecho, según Dworkin, es un concepto que debe entenderse como una práctica social y en un proceso judicial su análisis debe de analizar e interpretar al derecho como la mejor práctica social que justifique el uso de coacción por parte del Estado en lugar de la concepción analítica de las teorías semánticas como la de Hart que entienden que el juez realiza una interpretación del derecho como lenguaje. De ahí que en casos difíciles donde existen varias repuestas, una de ellas se acercará más que las otras a una concepción donde el derecho pueda valer más como práctica social que las otras.<sup>126</sup> El derecho no puede comprenderse si no es a través la interpretación, interpretación que siendo el derecho una práctica social deberá de

---

<sup>125</sup> *Idem.*

<sup>126</sup> Bonorino, Pablo Raúl, *Dworkin*, Perú, ARA, 2010, pp. 121-125.

tratarlo no como ciencia sino de forma más parecida a una obra de arte y buscar que en las decisiones judiciales se otorgue la respuesta que refleje el espíritu verdadero y los fines del sistema jurídico.<sup>127</sup> Dicha concepción podría resumirse concisamente en las siguientes palabras de Juan Vega:

Para Dworkin, tal como lo acabamos de mencionar, el concepto de derecho así como el concepto de justicia, o el de libertad, y en general los conceptos morales y jurídicos son conceptos normativos y en relación a los cuales no podemos intentar explicarlos desde una dimensión no-normativa o sin justificación moral y política porque al intentar explicar conceptos como el de derecho y el de justicia por ejemplo, lo que intentamos explicar precisamente lo que resulta bueno en ellos, bueno moralmente, qué es lo que resulta ser bueno del concepto de justicia, bueno del concepto de derecho, y así. Dado que estamos ante conceptos que tienen este valor inmerso, la cuestión es explicarlos a partir de lo valioso de los mismos, y preguntarse por qué la justicia o el derecho son valiosos y cuál es el valor al que sirven.<sup>128</sup>

Otra de las notas con las que Dworkin criticó al positivismo jurídico es la existencia de normas y principios jurídicos que el positivismo jurídico no distingue en toda su dimensión. Entenderemos por principios jurídicos normas jurídicas que contienen mandatos de optimización caracterizados por poder ser cumplidos en diversos grados, dado que su cumplimiento está condicionado no solamente por las posibilidades fácticas, sino también por las posibilidades jurídicas.<sup>129</sup> La existencia y aplicación de principios jurídicos es ejemplificada por Dworkin a través del caso *Riggs v. Palmer* de esta manera:

En 1889 un tribunal de Nueva York tuvo que decidir, en el famoso caso de *Riggs v. Palmer*, si un heredero designado en el testamento de su abuelo podía heredar en virtud de ese testamento, aunque para hacerlo hubiera asesinado al abuelo. El razonamiento del tribunal empezaba por advertir que: Es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos, y la entrega de la propiedad al heredero, si se interpretan literalmente, y si su fuerza y efecto no pueden en modo alguno ni en ninguna circunstancia ser verificados ni modificados, conceden esta propiedad al asesino». Pero el tribunal continuaba

---

<sup>127</sup> Arango, Rodolfo, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 2016, pp. 66.

<sup>128</sup> Vega, Juan, "La postura metodológica de Dworkin. Lo «interesante» de la crítica" en Vázquez, Rodolfo (ed.), *Normas, razones y derechos. Filosofía contemporánea en México*, Madrid, Trotta, 2011, p. 106.

<sup>129</sup> Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2009, pp. 184-186.

señalando que “todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. 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 por su propio crimen”. El asesino no recibió su herencia.<sup>130</sup>

Si bien es cierto que Hart en El concepto del derecho menciona la existencia de principios dentro del ordenamiento jurídico, no realiza una distinción de la que se puedan concluir aspectos relevantes para modificar sustancialmente su tesis positivista. Dworkin, sin embargo, considera que, a partir de la distinción de las características entre principios y reglas, la tesis del positivista se ve menoscabada. Siendo estas las principales diferencias entre principios y reglas:

- I) La aplicación de las reglas es disyuntiva y la de los principios es graduada: Las reglas se aplican o no se aplican (todo o nada), esto significa que si se presenta fácticamente la hipótesis regulada por la regla esta deberá aplicarse salvo excepción expresa ya que esta aplicación disyuntiva da como resultado en caso de que exista una norma contraria promulgada posteriormente que sea contraria a la otra, esta última no se aplicara. Por otra parte, los principios se aplican de forma graduada de acuerdo las posibilidades fácticas y jurídicas, además, en caso de que entren en colisión principios, estos se aplicaran *ad hoc* al caso particular, lo cual significa que, por ejemplo, si en un caso se privilegia la aplicación del principio de libertad de expresión sobre el principio de libertad de tránsito, no significa que en otro caso donde colisionan los mismos principios no pueda privilegiarse la aplicación del principio de libertad de tránsito en detrimento del principio de libertad de expresión.<sup>131</sup>
- II) Las reglas se aplican de acuerdo con la realización de los hechos que la hipótesis normativa regula y los principios se aplican de acuerdo con su dimensión de peso en el caso concreto, lo que hace necesario la

---

<sup>130</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 73.

<sup>131</sup> *Ibidem*, pp. 75-77.

ponderación entre estos: Esto es lo que se denomina el carácter conclusivo de las reglas y el carácter no conclusivo de las reglas.<sup>132</sup>

A partir de la existencia de principios jurídicos, Dworkin considera que estos últimos rompen la tesis positivista de Hart de la regla de reconocimiento. Hart sostiene que los principios son normas susceptibles de ser integrados y reconocidos en un sistema jurídico a través de la regla de reconocimiento, sin embargo, según Dworkin ninguna regla puede funcionar como una prueba empírica para poder reconocer a todos los principios que son Derecho, con lo cual la teoría de Hart falla.<sup>133</sup>

Según Dworkin la imposibilidad de las teorías semánticas para aceptar la posibilidad de la existencia de una única respuesta se encuentra en su concepción analítica del derecho que no les permite obtener “desacuerdos genuinos sobre el derecho” en la interpretación del derecho, sino que su teoría solamente analiza los significados de las palabras obteniendo solamente desacuerdos semánticos. Esta crítica la desarrolló en *El imperio de la justicia* y la denominó “El aguijón semántico”. Esta crítica consiste en que para obtener un desacuerdo genuino sobre derecho se tiene que sobreentender que primero no existen desacuerdo sobre el significado de las palabras ni de lo que es el derecho, ni sobre la verdad o falsedad de una proposición jurídica.<sup>134</sup> Una proposición jurídica es definida por Dworkin como: “los diferentes enunciados y afirmaciones que la gente realiza en relación con lo que el derecho les permite, les prohíbe o les da derecho a hacer”.<sup>135</sup> Podríamos decir que la proposición jurídica es un metalenguaje acerca de si la prescripción de una norma jurídica es de hacer, no hacer o permitir y para Dworkin son enunciados que tienen un carácter intermedio entre ser descriptivos y valorativos.<sup>136</sup>

Para que dos sujetos puedan tener una discusión sobre las características de determinado objeto o sobre si una conducta es moralmente aceptable o no,

---

<sup>132</sup> Garavito Rodríguez, César, *op. cit.*, pp. 51-53.

<sup>133</sup> Paramo, Juan R. de, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 384-385.

<sup>134</sup> Arango, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 8-9.

<sup>135</sup> Dworkin, Ronald, *El imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 2012, pp. 16-17.

<sup>136</sup> Bonorino, Pablo Raúl, *op. cit.*, pp. 231-232.



primero tienen que saber que la discusión gira en torno a un objeto de análisis comprendido por los dos de forma similar, de lo contrario no existiría una discusión real. Dworkin lo ejemplifica con objetos cotidianos para después hacerlo análogo al derecho de esta manera:

Usted y yo podemos discutir sobre cuántos libros tengo, por ejemplo, en mi biblioteca, solo si estamos de acuerdo, al menos a grandes rasgos, sobre qué es un libro. Podemos disentir en los casos dudosos: para mí un libro delgado pues ser lo que para usted es un panfleto. Pero no podemos estar en desacuerdo sobre lo que denomino casos cruciales. Si no consideran a mi copia de Moby Dick como un libro porque a su parecer las novelas no son libros, cualquier desacuerdo no tendrá sentido. Si este pequeño ejemplo acerca de cuándo un desacuerdo verdadero agota todas las posibilidades, debe aplicarse también a conceptos jurídicos, incluyendo el concepto de derecho.<sup>137</sup>

Para Dworkin las teorías semánticas adolecen del aguijón semántico porque en esta concepción no hay una discusión real que pueda determinar verdaderamente cual es la norma aplicable de acuerdo con los hechos del caso según los fines y principios que el sistema jurídico busca reafirmar, sino que solamente discuten en torno al significado de las palabras contenidas en las normas jurídicas.

Un desacuerdo genuino sobre el derecho se da primero cuando el derecho es interpretado como una práctica social y a partir de ello en un caso difícil se analizan las normas jurídicas y sus proposiciones aplicables comparando cuál de estas refleja al derecho en su mejor versión posible. Dworkin distingue entre tres tipos de desacuerdos: desacuerdos sobre cuestiones de hecho, desacuerdos sobre derecho y desacuerdos de moralidad política. Concretamente en los casos difíciles el trabajo del juez es resolver desacuerdos teóricos sobre derecho en los que se cuestiona el contenido de una proposición jurídica de una norma y esto deriva en que se cuestione en última instancia el significado de lo que el derecho es.<sup>138</sup>

La concepción del derecho de Dworkin en un ideal político de corte democrático y liberal, la mejor versión del derecho encuadra en lo que denomina

---

<sup>137</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 44.

<sup>138</sup> Bonorino, Pablo Raúl, *op. cit.*, pp. 69-72.

“Derecho como integridad”.<sup>139</sup> El derecho como integridad conlleva a la negación de la discrecionalidad Hartiana ya que las decisiones de la burocracia y autoridad estatal deben regularse a través de principios preexistentes regulados jurídicamente que otorguen predictibilidad y consistencia en las resoluciones, tratando de forma similar a los casos iguales y de forma diferente a los casos diferentes sin importar las preferencias políticas o ideológicas del juzgador.<sup>140</sup> La tesis del derecho como integridad se relaciona directamente con la concepción de Dworkin en relación con la preexistencia de los derechos en una decisión judicial. Esta tesis es denominada la tesis de los derechos la cual afirma que las decisiones judiciales imponen derechos políticos preexistentes.<sup>141</sup> Esta es una tesis que directamente se opone a la discreción judicial fuerte.

Dworkin afirma que existe una discreción débil y otra fuerte. La segunda discreción no es válida para Dworkin y es la que los positivistas consideran que se presenta en los casos difíciles. La primera discreción se refiere al discernimiento y juicio que un juez tiene libertad de usar para examinar cada caso y los principios que hay en este. La segunda se refiere a que la decisión sea un producto del arbitrio del juez al no haber principios según los cuales este deba guiarse en su proceso deliberativo.<sup>142</sup>

La tesis de los derechos se sostiene a partir del proceso argumentativo de los jueces en la que la toma de decisiones se lleva a cabo utilizando argumentos de principios y no argumentos políticos como sucede en los procesos legislativos.<sup>143</sup>

Los argumentos políticos a los que Dworkin se opone en la adjudicación judicial son argumentos centrados en objetivos que tratan de mostrar la conveniencia de una acción o un programa determinado en beneficio de la sociedad en general. Por otra parte, los argumentos de principios son los que los jueces deben utilizar en las decisiones judiciales y se centran en la defensa de derechos

---

<sup>139</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, pp. 164-166.

<sup>140</sup> Garavito Rodríguez, César, *op. cit.*, pp. 65-66.

<sup>141</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio... op. cit.*, p. 153.

<sup>142</sup> Arango, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 50-51.

<sup>143</sup> *Ibidem*, pp. 53.

para implementar o abandonar determinada acción o programa cuyas consecuencias podrían beneficiar a un sector particular de la población, aunque sea perjudicial para la sociedad en general.<sup>144</sup>

Ante la discreción en sentido fuerte Dworkin formula dos argumentos en contra. El primero es un argumento que apela a la democracia ya que los jueces no son funcionarios cuyo nombramiento sea causa de un proceso de elección popular, con lo cual los jueces al ejercer este tipo de discreción estarían realizando actos formalmente judiciales, pero materialmente legislativos.<sup>145</sup> El segundo argumento apela a la protección del Estado liberal a través de la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes, ya que de esta discreción resultaría un creacionismo judicial en el que las normas jurídicas serían aplicadas con posterioridad a los hechos que la propia norma contempló.<sup>146</sup> Este argumento se articula en torno a la concepción de Estado de derecho y de protección a los derechos individuales, definida por él como una “concepción centrada en los derechos” de esta forma:

[...] Supone que cada ciudadano posee derechos y deberes morales en relación con el resto de los ciudadanos y derechos políticos en relación con el Estado en su conjunto. Según esta perspectiva, esos derechos morales y políticos deben estar reconocidos por el derecho positivo, de modo que tal que se los haga cumplir cuando así lo requieran los ciudadanos a través de los tribunales u otras instituciones judiciales similares, en la medida en que sea posible. El estado de derecho es, en este sentido, el ideal del imperio por medio de una concepción pública y precisa de los derechos individuales.<sup>147</sup>

Una vez que Dworkin ha negado la existencia de la discreción en sentido fuerte se podrá conducir a sostener la “tesis de la única respuesta”, tesis en la que solamente existe una respuesta dado que, al existir un panorama con posibles soluciones al caso, una de estas será mejor que las otras, ya que esta podrá ser un producto que exprese mejor el concepto de derecho de acuerdo a sus fines en una

---

<sup>144</sup> Dworkin, Ronald, *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012, p. 17.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>146</sup> García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 273-274.

<sup>147</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 28.

sociedad y proteger los derechos individuales que estén en riesgo de la mejor manera posible.

Tomando en cuenta la concepción del derecho de Dworkin como práctica social, concebir la existencia de discreción en sentido fuerte sería contraproducente para el derecho y la sociedad en general.

Albert Calsamiglia enumera el proceso de la tesis de la única respuesta en los siguientes procedimientos:

- I) En todo procedimiento judicial existe un juez el cual tiene la función de decidir el conflicto,
- II) existe un derecho a vencer en el conflicto y el juez debe de indagar quién es el titular de dicho derecho,
- III) en los casos difíciles, el juez debe conceder la victoria a una de las partes, basándose en principios que garantizan el derecho,
- IV) el juez al fundamentar su decisión en un principio preexistente no inventa ningún derecho ni aplica retroactivamente la ley: se limita a garantizarlo.<sup>148</sup>

De acuerdo con Dworkin en los tribunales se lleva a cabo una “interpretación constructiva” del derecho, que consiste en la ya descrita anteriormente imposición de un propósito o sentido a un objeto o práctica para hacer de este el mejor ejemplo posible de la forma o del género al que pertenece.<sup>149</sup> La interpretación constructiva se lleva a cabo primero a través de una actitud interpretativa y posteriormente en tres etapas interpretativas.

La actitud interpretativa es producto de la creencia de los participantes en la existencia de dicha actividad y en que además esta tiene un sentido o valor para ellos. Dicha interpretación se asemeja a la interpretación de una obra de arte. Dworkin equipara la labor del juez en una decisión judicial a la realización de una novela en cadena, novela que es escrita por varias personas en la que por ejemplo una vez que una persona ha desarrollado el inicio, otra realizará el clímax y una última el final. En esta metáfora el juez se comporta como un artista que materializa

---

<sup>148</sup> Calsamiglia, Albert, “Ensayo sobre Dworkin” en Dworkin, Ronald, *Prólogo a la edición en español de los Derechos en Serio*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 18.

<sup>149</sup> Dworkin, Ronald, *El imperio de la Justicia... op. cit.*, pp. 48-49.

su concepción del derecho en la decisión judicial y que es tomada a través de la coherencia que el sistema jurídico le impone a través principios jurídicos, si bien el juez tendrá discreción en sentido débil de interpretar al derecho de acuerdo a determinado enfoque, su decisión deberá de mostrar la coherencia del contenido moral de los principios así como un escritor en la novela en cadena deberá de guiar su parte escrita a ser coherente con la anterior.<sup>150</sup>

Las etapas que constituyen la interpretación son las siguientes:

- I) Etapa preinterpretativa: Aquella en la que el juez identifica el caso para saber a qué se está enfrentando. Podríamos decir que en materia penal podría equivaler a que el juez detecte cual clase de delito es el que juzgará o en materia laboral cual clase de demanda es la que se ha admitido pudiendo ser, por ejemplo, un despido injustificado. Además, en esta etapa el juez detecta los principios jurídicos que rodean el caso.<sup>151</sup>
- II) Etapa Interpretativa: En la cual se realiza una justificación general de la práctica identificada en la etapa preinterpretativa. El juez en esta etapa revela el sentido de la práctica y de los principios jurídicos, así como las afirmaciones de porque dicha práctica tiene sentido o valor.<sup>152</sup>
- III) Etapa postinterpretativa o reformadora: En la cual según Bonorino “el intérprete ajusta el contenido de la práctica a los efectos de que la misma pueda servir mejor a la justificación que se ha aceptado en la etapa anterior”.<sup>153</sup> El intérprete aquí manifiesta su concepción ideal de práctica como el mejor ejemplo posible de acuerdo con su justificación en la etapa anterior.

---

<sup>150</sup> Dworkin, Ronald, “Cómo el derecho se parece a la literatura” en *La decisión judicial. El debate Hart - Dworkin*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 2005, pp. 164-172.

<sup>151</sup> Bonorino, Pablo Raúl, *op. cit.*, p. 216.

<sup>152</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 135.

<sup>153</sup> Bonorino, Pablo Raúl, *op. cit.*, p. 218.

Esta interpretación se rige dentro de una doble dimensión de justificación. La dimensión de ajuste o adecuación al orden jurídico (*fit*) y la dimensión de moralidad política (*political morality*). La dimensión de adecuación consiste en que una decisión judicial será correcta si se justifica mejor que otra en cuanto a la resolución integral del problema que existe en el caso, así como en cuanto a la coherencia de la decisión con el sistema jurídico.<sup>154</sup> La dimensión de moralidad política se da cuando existen dos respuestas que son coherentes con el sistema jurídico y las dos resuelven el problema, sin embargo, una de estas respuestas será mejor que otra ya que estará justificada respecto a una moral política que se acerque mejor a la protección de los derechos individuales. Es por esto por lo que en última instancia la decisión judicial es un trabajo de filosofía política.<sup>155</sup>

La tesis de la única respuesta busca reivindicar la relación entre el derecho, la política y la moral, siendo una tesis ultrarracionalista en el que el juez hipotético denominado “Hércules” quien está dotado de capacidades extraordinarias de erudición, paciencia, y perspicacia puede encontrar la respuesta ideal en un caso difícil, siendo los únicos obstáculos para que cualquier otro juez la encuentre son sus propias limitaciones humanas.<sup>156</sup>

Mientras que el presupuesto teórico de la única respuesta correcta es la tesis de los derechos, el presupuesto fáctico es su aplicación en un sistema jurídico avanzado. Para que un sistema jurídico pueda considerarse “avanzado” debe de tener regulación densa en reglas, normas y un sistema judicial con precedentes o jurisprudencia que a través de la historia puedan garantizar predictibilidad en los casos fáciles y en los difíciles principios definidos para su resolución.<sup>157</sup> Ante este presupuesto de la tesis de la única respuesta caben hacer algunas preguntas: ¿en qué momento un sistema jurídico deja de ser incipiente para ser avanzado?, ¿cuál es el criterio que determina que un sistema jurídico tenga un bagaje de normas y mecanismos judiciales lo suficientemente rico para ser avanzado?, ¿el hecho de

---

<sup>154</sup> Arango, Rodolfo, *op. cit.*, p. 64.

<sup>155</sup> *Idem.*

<sup>156</sup> García Figueroa, Alfonso, *op. cit.*, p. 267.

<sup>157</sup> Arango, Rodolfo, *op. cit.*, p. 56.

que una sociedad se transforme puede hacer que un sistema jurídico avanzado se vuelva incipiente para las necesidades en una sociedad? y en caso de que exista un sistema jurídico que pudiera ser considerado avanzado al contar con una gran densidad de normas jurídicas y mecanismos en la adjudicación judicial pero que se presente un caso de primera impresión donde todas estas reglas y mecanismos fallen para otorgar una respuesta contundente, ¿Este sistema realmente será avanzado o pasará a ser incipiente?

Las críticas a la tesis de la única respuesta son múltiples. Desde el punto de vista de Duncan Kennedy expuesto en su ensayo “Forma y substancia en la adjudicación del derecho privado” (1976), un sistema jurídico se compone de una pluralidad de intereses opuestos en relación con el altruismo o individualismo en el contenido de las normas. Este tipo de contradicciones se manifiestan en la práctica jurídica en general y por supuesto en la adjudicación judicial, contradicciones que muestran el carácter metafísico de la tesis de la única respuesta al mostrar un objetivismo moral que sin embargo no puede comprobarse en la práctica.<sup>158</sup> Lo que la práctica demuestra es que los abogados puedan llevar un litigio sabiendo que su destreza profesional puede darle la victoria a su cliente sin desistir a su trabajo al suponer que la “única respuesta” del caso no les es favorable, así también la práctica demuestra, como se verá más adelante, que pueden existir dos casos similares en los que teóricamente no deberían de existir respuestas contrarias en la decisión judicial, y sin embargo las hay.

La crítica de Alfonso García Figuerola se centra en presentar el razonamiento de la tesis de la única respuesta como un falso dilema por parte de Dworkin ya que la concepción que presenta parte de la arbitrariedad de la discreción en sentido fuerte que los positivistas sostienen o el simple discernimiento para resolver un caso de la discreción en sentido débil que el afirma.<sup>159</sup> Esta crítica puede sostener su compatibilidad con la indeterminación del derecho que Kennedy sostiene. La

---

<sup>158</sup> Kennedy, Duncan, “Forma y Sustancia en la Adjudicación del Derecho Privado” en García Villegas, Mauricio (Editor), *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001.

<sup>159</sup> García Figuerola, Alfonso, *op. cit.*, p. 152.

complejidad de la realidad nos llevará a sostener que esta indeterminación da como resultado que bien puedan presentarse casos con discreción en sentido débil, casos con discreción en sentido fuerte y casos donde exista una especie de discreción intermedia.

Por último, es importante mencionar que la tesis de Dworkin tiene un valor deontológico innegable. Es una idea regulativa que debe servir a una concepción del derecho integral para guiar a los jueces en su trabajo deliberativo, buscando la mejor protección no de sus intereses sino de la sociedad en general. Puede servir además como una teoría que coloque un incipiente diseño institucional para el control del poder judicial, sin embargo, esta hipótesis parece muy lejana pues hasta ahora la decisión judicial parece pertenecer a una irreductible relación entre la moral, el derecho y la ideología política.

### **1.2.3. Robert Alexy**

La decisión judicial de acuerdo con Robert Alexy es el producto de una teoría de la argumentación jurídica altamente influenciada por los trabajos de Jürgen Habermas en los que se trasladan los conceptos de verdad y de teoría del discurso práctico al ámbito jurídico para determinar en qué casos puede considerarse que un enunciado normativo producto de la adjudicación judicial es correcto o incorrecto.<sup>160</sup>

El punto de partida para explicar la adjudicación judicial bajo estos términos es el concepto de “verdad” que funciona bajo el siguiente criterio: “yo solo puedo atribuir a un objeto un predicado si también cualquier otro que pudiera entablar un dialogo conmigo, atribuyera al mismo objeto el mismo predicado”.<sup>161</sup> Este concepto a diferencia de las concepciones de verdad como “una oración es verdadera si y solo si existe el hecho al que se refiere” (correspondencia semántica)<sup>162</sup> se refiere a la verdad resultante de un producto consensual entre los sujetos epistémicos

---

<sup>160</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 99.

<sup>161</sup> Alexy Robert, *Teorías de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Lima, Palestra, 2007, p. 158.

<sup>162</sup> Villoro, Luis, *op. cit.*, p. 176.



pertinentes donde la verdad se condiciona al potencial asentimiento de estos sujetos.<sup>163</sup> Esta concepción de verdad tiene la ventaja de ser aplicable tanto a enunciados normativos como a enunciados descriptivos en relación a su capacidad de ser verdaderos bajo una pretensión de validez en el ámbito discursivo.<sup>164</sup> En el caso de los enunciados normativos estos no serán verdaderos o falsos en sentido estricto sino correctos o incorrectos mientras que los enunciados descriptivos serán verdaderos o falsos.<sup>165</sup>

Robert Alexy es un postpositivista que se opone a la tesis de la separación de la moral y el derecho al incluir una pretensión de corrección necesaria como criterio de validez de una norma dentro de un sistema jurídico. Esta pretensión de corrección se eleva al concepto de derecho y esta es lo que la diferencia de las ordenes de un asaltante.<sup>166</sup> Este es un concepto pragmático derivado de la necesidad de fundamentar un enunciado normativo en la búsqueda de demostrar que sea correcto a través del consenso general. La fundamentación es una cuestión problemática que puede derivar en la imposibilidad de llegar a un enunciado que sea aparentemente verdadero, ante esto surge el denominado “trilema de *Münchhausen*”:

El trilema de *Münchhausen* puede expresarse así: la necesidad de fundamentación nos coloca ante tres alternativas en principio inaceptables, de modo que se debe elegir entre: o bien un regreso al infinito, es decir *a* se fundamenta en *b*, *b* en *c*, *c* en *d* y así sucesivamente sin alcanzar nunca un fundamento último; o bien, en segundo lugar, un círculo lógico en la deducción, es decir, *a* se fundamenta en *b* y, a su vez, *b* en *a*; o bien, finalmente, una ruptura del proceso (de fundamentación) en un punto determinado.<sup>167</sup>

Robert Alexy se inclina a adoptar la tercera opción ya que el hecho de que la filosofía del derecho sea una rama filosófica práctica (parte de la axiología) y la argumentación jurídica como parte del discurso práctico (moral), no es posible de acuerdo al concepto de verdad que él sostiene llegar a fundamentar un enunciado

---

<sup>163</sup> Atienza, Manuel, *op. cit.*, pp. 150-151.

<sup>164</sup> García Figueroa, Alfonso, *op. cit.*, pp. 333-334.

<sup>165</sup> Atienza, Manuel, *op. cit.*, pp. 150-151.

<sup>166</sup> Alexy, Robert, “Las relaciones necesarias entre el derecho y la moral” en *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 2006, pp. 60-61.

<sup>167</sup> García Figueroa, Alfonso, *op. cit.*, pp. 332.

normativo si la fundamentación no se detiene en un punto determinado, lo cual supone la negación de un relativismo o escepticismo en el plano ético.<sup>168</sup> A partir de lo anterior se puede afirmar que para demostrar si un enunciado normativo es correcto, la vinculación del derecho y la moral es necesaria o de lo contrario un sistema normativo no tendría coherencia ya que esta depende de la “moral correcta” siendo esta la que es susceptible a ser fundamentada dentro del sistema.

La pretensión de corrección es un instrumento que se caracteriza por contener la pretensión de justificabilidad y de corrección moral en los enunciados normativos.<sup>169</sup> Estos son los tres elementos que la componen:<sup>170</sup>

- I) Afirmación de la corrección: Cuando se realiza un acto jurídico que plantea un enunciado normativo quien lo realiza afirma que es procedimental y materialmente correcto.
- II) Aseveración de la justificabilidad: La propia aseveración de que un acto jurídico es justificable en el sistema jurídico.
- III) Expectativa de aceptación: Esta es la expectativa que tiene el emisor del enunciado normativo que cualquier persona que analice el enunciado tomando como brújula el sistema jurídico al que pertenece considere al acto jurídico como correcto.

A continuación, es menester la explicación de la teoría discurso práctico y su vinculación al ámbito jurídico. La teoría del discurso práctico es un modelo procedimental que sirve para discernir si un enunciado es correcto o no cuando es problematizado. En el ámbito jurídico concretamente, la argumentación jurídica se identifica con el discurso jurídico que a su vez se deriva del discurso práctico, luego entonces la teoría de la argumentación jurídica que Alexy propone es un modelo que se aplica en los enunciados normativos a través de un sistema de reglas.

El modelo de argumentación jurídica que Alexy propone se conforma primero por un grupo de reglas que también se aplican al discurso práctico en general,

---

<sup>168</sup> *Idem.*

<sup>169</sup> Alexy, Robert, *La doble naturaleza del derecho*, Madrid, Trotta, 2016, p. 30.

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 26.

posteriormente incluye una serie de reglas que son *ad hoc* a la argumentación jurídica.

Las reglas que se aplican a ambos tipos de discurso son: 1) Reglas fundamentales; 2) Reglas de la razón; 3) Reglas sobre la carga de la argumentación; 4) Formas de los argumentos; 5) Reglas de fundamentación; y, 6) Reglas de transición. Este conjunto de reglas contiene principios lógicos y reglas de racionalidad del discurso para poder fundamentarlo.<sup>171</sup>

En el discurso jurídico las reglas están contenidas en una justificación interna y otra externa. La justificación interna se limita a que el enunciado normativo sea correcto en el plano lógico de acuerdo a las premisas que lo sostienen, es por esto por lo que usualmente se le vincula con los casos fáciles, aunque en caso de que una inferencia deductiva no pueda justificar el enunciado, se deberán añadir más proposiciones o premisas para concluir que la aplicación de una norma está justificada.<sup>172</sup>

Por otra parte, la justificación externa consiste en la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna buscando la coherencia de acuerdo con los hechos del caso y a los criterios morales del sistema jurídico. Alexy expone las siguientes reglas y formas de esta justificación: 1) Los métodos de interpretación; 2) La argumentación dogmática; 3) El uso de precedentes; 4) La argumentación práctica general; 5) La argumentación empírica; y, 6) Los argumentos jurídicos especiales.<sup>173</sup>

A pesar de que el discurso práctico contiene una amplia gama de instrumentos argumentativos en estas seis formas y reglas, que a su vez se subdividen en otros instrumentos y que a su vez se le añaden las reglas del discurso práctico general; Robert Alexy considera que el discurso jurídico tiene sus limitantes,

---

<sup>171</sup> Alexy, Robert, *Teorías de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 266-284.

<sup>172</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, op. cit., p. 104.

<sup>173</sup> Alexy, Robert, op. cit., p. 320.

lo que lo llevará consecuentemente a negar la posibilidad de que exista una única respuesta en las decisiones judiciales.<sup>174</sup>

Uno de los problemas del discurso jurídico afecta a los participantes de este consiste en que no existen condiciones ideales para un consenso absoluto, si bien se pueden obtener respuestas racionales siguiendo las reglas que el propone en su modelo argumentativo siempre existirá la posibilidad de que se presenten respuestas divergentes.

Este problema que de acuerdo con Manuel Atienza se presentaría incluso aunque el discurso se presentara en condiciones fácticas ideales:

Ni siquiera en un discurso ideal, es decir, en un discurso en que los participantes cumplen completamente con las reglas (lo que quiere decir, que el mismo tiene lugar en condiciones de tiempo ilimitado, participación ilimitada, ausencia total de coacción, claridad lingüística y conceptual total, información empírica completa, capacidad y disponibilidad para el intercambio de roles y ausencia de prejuicios) podría asegurarse que el discurso práctico permite alcanzar siempre un consenso, es decir, una única respuesta.<sup>175</sup>

Otro problema que Alexy menciona de esta manera es el “problema de aplicación” de la teoría del discurso y que afecta principalmente al propio sistema de reglas del discurso:

Desde el punto de vista de la aplicabilidad, la principal debilidad de la teoría del discurso estriba en que su sistema de reglas no ofrece un procedimiento que permita llegar a un único resultado en un número finito de operaciones. Esto obedece a tres razones. En primer lugar, las reglas del discurso no contienen estipulaciones sobre los puntos de partida del procedimiento. Los puntos de partida son las convicciones normativas e interpretaciones de intereses de los participantes que existan en cada caso. En segundo lugar, las reglas del discurso no fijan todos los pasos de la argumentación. Y, en tercer lugar, hay una serie de reglas del discurso que tiene carácter ideal y, por consiguiente, solo son susceptibles de cumplimiento aproximado.<sup>176</sup>

---

<sup>174</sup> Alexy, Robert, *La doble naturaleza del derecho*, op. cit., pp. 32-35.

<sup>175</sup> Atienza, Manuel, op. cit., p. 172.

<sup>176</sup> Alexy, Robert, op. cit., pp. 32-33.

Esta observación es congruente lógicamente con uno de los argumentos que Hart realizó en torno a la discreción judicial; dado que un sistema jurídico no puede predecir todos los supuestos que terminarían en juicio puesto que es incuantificable el número de combinaciones y supuestos fácticos que derivarían en juicio y el legislador no es omnipotente para poder regularlos antes de que estos sucedan. Si esto no fuera de esta manera el discurso práctico podría aplicarse *ad hoc* a cada uno de los supuestos previamente cuantificados dando como resultado la posibilidad de encontrar una única respuesta válida en un punto en que el consenso se vuelva absoluto.

Robert Alexy expone en su ensayo “*Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica*” (1988) la imposibilidad de la tesis de la única respuesta de Dworkin al menos en sentido estricto y la coloca como una idea regulativa de acuerdo con su modelo procedimental. Robert Alexy parte de la premisa de la existencia de principios jurídicos como vínculo entre del derecho y la moral resaltando su carácter de ser un mandato de optimización cumplido en diversos grados con una generalidad relativamente alta y que se ven reflejados claramente a nivel constitucional en principios como los de dignidad humana, libertad, igualdad, democracia, Estado de Derecho y Estado Social.<sup>177</sup> A partir de este consenso con Dworkin se pregunta si los principios realmente se convierten en un instrumento que sirva para obtener una única respuesta en los casos difíciles.

Para responder esto se plantea la posibilidad de existencia de “teorías fuertes y débiles de los principios”. Respecto de la teoría fuerte de principios, Alexy niega que esta sea posible ya que esta consistiría en no solamente poder hacer un listado preciso de los principios que existen en un sistema jurídico sino también un estudio casuístico sobre cuál es el valor de cada principio y, en caso de colisión con otros principios a cuál se le daría prioridad tanto en su relación abstracta como en su relación concreta.<sup>178</sup> En este caso existiría lo que Alexy llama “orden estricto” de los principios que consiste en un concepto ideal sobre las prioridades que hay en cada

---

<sup>177</sup> Alexy, Robert, “Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica” en *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 2006, pp. 13-14.

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 15.

principio y sus relaciones y combinaciones posibles con todos los demás, sin embargo, esto solamente sería posible si el peso de cada principio y sus relaciones de prioridad con los otros pudieran ser cuantificables a través de una escala numérica.<sup>179</sup> En este caso la ponderación se convertiría en un instrumento inútil ya que el resultado de prioridad *prima facie* en caso de colisión estaría determinado previamente, eliminando por lo tanto los casos difíciles y convirtiendo el trabajo del juez en una labor mecánica. La ponderación es un instrumento que Alexy afirma que puede derivarse la siguiente ley en su aplicación: “cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo en un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”.<sup>180</sup> Esta ley se identifica con el principio de proporcionalidad en sentido estricto y las prioridades *prima facie* que se obtienen de la ponderación se convierten en las cargas de la argumentación aunque sin contener las determinaciones definitivas sobre la decisión y solamente otorgando razones en favor de una u otra decisión.

La única vía posible para el diseño de una teoría de los principios es, según Alexy, una teoría débil de los principios capaz de distinguir las normas en un sistema jurídico que se pueden identificar como principios, pero sin regular por sí mismos su aplicación. A esta teoría de los principios se le añadiría en otro nivel la teoría de la argumentación jurídica como modelo procedimental para poder obtener una decisión racionalmente justificada.<sup>181</sup>

Para Alexy la argumentación jurídica se convertiría en una especie código de razón práctica para obtención de una respuesta racional ante un caso difícil, sin embargo, no es posible obtener en cada cuestión práctica una respuesta que sea única y que además sea intersubjetivamente concluyente. Por esta razón la única respuesta se encuentra condicionada a las siguientes idealizaciones: 1) tiempo ilimitado; 2) información ilimitada; 3) claridad lingüística conceptual ilimitada; 4)

---

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>181</sup> *Ibidem*, pp. 20-21.

capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles y, 5) carencia de prejuicios ilimitada.<sup>182</sup>

Alexy concluye que al estar condicionada esta, la única respuesta a esas idealizaciones, se le debe de otorgar el estatus de una idea regulativa:

La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Solo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la unca respuesta correcta. Las respuestas que se encuentren, en el marco de este intento, sobre la base del nivel de la regla y de los principios, de acuerdo con los criterios de la argumentación jurídica racional, que incluyen lo de la argumentación práctica general, también responden entonces, aunque no sean las únicas respuestas correctas, a las exigencias de la razón práctica y, en este sentido son al menos relativamente correctas.<sup>183</sup>

Parecemos concluir que la teoría de Alexy de la única respuesta como idea regulativa es compatible con la teoría de la indeterminación del derecho de Duncan Kennedy y con la discrecionalidad de Hart en relación con la incapacidad de una omnipotencia tanto del legislador como de los tribunales para regular todo tipo de combinaciones fácticas que deriven en litigios y para poder aplicar los principios de forma predeterminada obteniendo una única respuesta consensual.

En relación con la indeterminación del derecho esta es una condición que se manifiesta tanto en su vertiente fundamental como en su vertiente técnica. En el primer de los casos relacionada con el cambio de la sociedad, su moral y el contexto social particular pueden afectar las prioridades *prima facie* haciendo que puedan cambiar el sentido de la decisión. De igual manera en la indeterminación técnica relacionada al ámbito argumentativo es precisamente el reflejo de que la única respuesta intersubjetiva no es posible y de que la racionalidad de una respuesta es llevada a un ámbito personal donde se encuentra el proyecto de vida del juzgador.

Lo anterior da como resultado que la teoría de Alexy reafirme el problema cuantitativo sobre qué tan indeterminado es el derecho y puesto que no existe una

---

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 24.

teoría fuerte de los principios que nos dé una resolución de forma apriorística, la teoría débil de los principios permite que una experiencia que no es valorativamente neutra afecte la decisión judicial en un sentido u otro. En este sentido tanto Robert Alexy como los *CLS* estarían de acuerdo en negar la tesis de la “única respuesta” sostenida por Ronald Dworkin.

Ya delimitada la concepción sobre la argumentación judicial de acuerdo a las teorías contemporáneas más importantes de la decisión judicial. Daremos preminencia a la concepción de los *CLS* que encuentra múltiples factores diversos a lo estrictamente jurídico como elementos clave en el resultado que un juez obtiene en cada caso esta preminencia deberá ser contrastada con la institución del Poder Judicial y con la Suprema Corte de Justicia de la Nación para poder evaluar cómo es que esta concepción de los *CLS* es verdadera y aplicable tanto en el Poder Judicial de la actualidad, así como en la Suprema Corte mexicana.



## **CAPÍTULO 2. LA CONCEPCIÓN JURÍDICA Y POLÍTICA DEL PODER JUDICIAL EN LA HISTORIA DE LAS DEMOCRACIAS LIBERALES A PARTIR DEL SIGLO XVII**

Una vez expuestas las divergencias y los puntos de acuerdo entre las principales teorías de argumentación afirmamos que estas no son en su totalidad antinómicas, sino que existen entre estos puntos de convergencia y de divergencia. Sin embargo, se demuestra que las decisiones judiciales son susceptibles a la incorporación de elementos subjetivos del juzgador que rebasan el contenido estricto de la ley. Ya que se ha delimitado esto es necesario realizar un estudio sobre la evolución histórica del poder judicial para poder determinar el impacto político que las decisiones judiciales pueden tener en una sociedad ya que por ejemplo no es lo mismo aplicar la teoría de la decisión judicial según los *CLS* si se concibe a este poder de acuerdo con las teorías de la escuela de la Exégesis Francesa o de acuerdo a la concepción que tiene Jeremy Waldron sobre las Cortes constitucionales siendo este un opositor del control constitucional fuerte que realizan la mayoría de los máximos tribunales en la actualidad.

El poder judicial es una institución cuyo diseño principal fue creado en el Estado moderno y cuya concepción se ha transformado en torno a las vertientes políticas y jurídicas que lo conforman. Este tipo de atribuciones han variado principalmente por sucesos históricos y por el desarrollo teórico entorno a estos que han modificado su concepción y otorgándole paulatinamente un peso político mayor conforme han surgido los gobiernos democráticos contemporáneos. Esta tendencia a ampliar sus facultades políticas y el impacto que puede tener una decisión judicial en la sociedad hace importante que se ponga en evidencia el impacto de la ideología política en esta y que por lo tanto se ponga en perspectiva a la decisión judicial como un producto ideológico. Esta perspectiva que a lo largo de la historia del poder judicial ha sido inconcebible, se ha hecho cada vez más patente conforme los Estados se han transformado en torno a la protección de derechos y regímenes más democráticos.

La transformación del poder judicial puede sintetizarse a través de los siguientes hechos y teorías en los que lejos de un detrimento en su institución la han fortalecido. Sin embargo, no puede ignorarse la serie de tensiones que han surgido entorno a la institución a la legitimidad e imparcialidad de sus decisiones. Mi propuesta conforme al constitucionalismo democrático de Post y Siegel y el inevitable impacto ideológico del juez según los *CLS*, consiste en a través del análisis de los hechos que han transformado esta institución ubicar un equilibrio entre las tensiones que pueden surgir con su trabajo y un régimen democrático para que sea una institución promotora de las condiciones necesarias para la realización de una democracia procedimental.

## **2.1 Concepción del Poder Judicial desde el “Bonham’s Case” hasta Alexis de Tocqueville**

Los siguientes apartados representan los aportes más importantes al poder judicial en la perspectiva de la ideología política liberal y el constitucionalismo moderno, si bien, el caso del doctor Bonham se encuentra años antes del surgimiento de las principales ideas políticas liberales se considera un importante antecedente e influencia de los fundadores del constitucionalismo moderno. Entendiendo a su vez que la Constitución de los Estados Unidos de América fue un nuevo paradigma para el ejercicio del poder en la historia y el rol que estos le dieron al poder judicial posteriormente también sería influyente en Europa.

### **2.1.1 “Bonham’s Case”**

La evolución del Poder Judicial como un órgano cuya actividad conlleva un impacto en el ejercicio del poder político tiene en esta resolución el primer ejemplo paradigmático en el Estado moderno que colocó los cimientos para el desarrollo posterior de la revisión judicial, a través de la cual un juez podría no aplicar una ley al considerarla contraria a la Constitución.

Esta resolución de 1610 tiene como antecedentes inmediatos la existencia en Inglaterra de un Poder Judicial completamente supeditado al poder del rey. Como bien Mendizábal Allende cita a Francis Bacon que los compara a “los doce jueces del reino con los doce leones del Trono de Salomón. Deben ser leones, pero bajo el trono, conscientes de que no pueden fiscalizar o contradecir ningún aspecto de la soberanía”.<sup>184</sup> Bajo esta concepción ajena al principio de legalidad, el rey como máxima autoridad política es ajena a la propia ley y por lo tanto cualquier decisión política o ley que emane de su autoridad debe considerarse como válida y verdadera al ser su voluntad la misma que la de dios.

El caso de Bonham por ello tiene una importancia sobresaliente dentro del Derecho Constitucional y del desarrollo del Poder Judicial como institución política ya que a través de ella se afirmó la existencia de principios superiores de justicia y de derecho que no pueden ser contravenidos por otras leyes lo que posteriormente en la historia de traduciría en el principio de supremacía constitucional.

La resolución llevada por Edward Coke representó una importante influencia en el sistema constitucional norteamericano que posteriormente sería el primero en desarrollar el control de constitucionalidad. Como señala Fernández Segado:

[...] independientemente ya de lo que Sir Edward Coke pretendiera con su *dictum* en el *Bonham's Case*, lo cierto y verdad es que las colonias del otro lado del Atlántico tal *dictum* no solo llegó a ser bien pronto una parte esencial de esa facultad de revisión judicial que iban a ejercer los tribunales americanos, anulando normas legales sobre la base de un conflicto constitucional sin que como se ha dicho, también iba a propiciar el *test of reasonableness*, que es la última razón de ser del poder judicial.<sup>185</sup>

El pensamiento y la ideología de Edward Coke es innegable que permeó en la resolución para determinar cómo un juzgador debería de rechazar aquellas normas que manifiesten el abuso de poder de un gobernante a través de principios de justicia. Coke a pesar de no haber cuestionado a la monarquía absoluta como

---

<sup>184</sup> Mendizábal Allende, Rafael de, *La guerra de los jueces: Tribunal Supremo Vs. Tribunal Constitucional*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 50.

<sup>185</sup> Fernández Segado, Francisco, *La evolución de la Justicia Constitucional*, Madrid, Dykinson, 2013, p. 48.

institución política fue un gran defensor de los derechos de los individuos lo cual queda claro al ser él una de las figuras más importantes en la redacción de la *Petitions of Rights* en 1628, a través de la cual se instituyeron garantías de seguridad jurídica en relación con los derechos del individuo para proveer que no pudieran ser vulneradas por la autoridad. Coke además fue un promotor del *common law* otorgándole primacía a los *common law courts* sobre los demás tribunales, siendo este un derecho que contiene las razones comunes aplicables al sistema jurídico.<sup>186</sup> Por último, con relación al pensamiento de Coke es destacable su concepción del derecho como una “razón artificial” de la siguiente manera:

Para Coke, el derecho es una *artificial reason* prestada por “el largo estudio, la observación y la experiencia y no por la razón natural de cada persona”. Ni si quiera el rey, en nombre del cual se administraba la justicia, disponía del entrenamiento profesional necesario para servir como juez.<sup>187</sup>

De aquí se puede comprender la primacía del *common law* y la costumbre como parámetro de racionalidad y razonabilidad en la actuación de los jueces y la creación de las leyes según Coke.

Los hechos que trajeron como consecuencia esta controversia judicial giran en torno a la actividad profesional del médico Thomas Bonham quién se había graduado en medicina de la universidad de Cambridge pero que no tenía permiso de ejercer profesionalmente ya que no se había colegiado a través de la examinación del Real Colegio de Médicos (“*Real College of Physicians*”). Esta institución en el siglo XVII tenía la facultad otorgada por el rey (*royal charter*) para determinar quiénes podían ejercer profesionalmente la medicina sí a su criterio eran competentes para ello, además, tenían la facultad de imponer multas a quienes ejercieran sin licencia e incluso de imponer penas de prisión. A estas facultades se les denominó judicialmente la “doctrina Jenkins” que prohibía además a los

---

<sup>186</sup> *Ibidem*, pp. 56-57.

<sup>187</sup> Rey Martínez, Fernando, “Una relectura del Dr. Bonham’s Case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la judicial review” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *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, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 862.

tribunales pronunciarse sobre el estado jurídico de los detenidos de esta manera. Estas potestades eran contrarias a la regulación del *common law*, que únicamente requería para el ejercicio de la actividad médica el consentimiento del paciente.<sup>188</sup>

En cuanto a Thomas Bonham, él se había examinado en dos ocasiones ante el Real colegio de médicos, la primera en 1605 y la segunda en 1606, ambas con resultados negativos que le negaron el ejercicio profesional. Además de esto al haber ejercido sin la licencia, el colegio lo sancionó con la multa de cinco libras y al negarse a pagarlas en 1606 fue arrestado y multado con el pago de 10 libras. En 1607 terminó en prisión por desacato, aunque fue liberado una semana después a través de un *writ of habeas corpus*.

En 1608 fue denunciado formalmente ante el tribunal del *King's Bench* (tribunal que funcionaba en aquellos casos en que la Corona era parte o tenía interés directo en juicios civiles o criminales) por el colegio de médicos por haber ejercido la práctica médica por doce meses sin licencia, así como la multa de sesenta libras, cinco por cada mes de ejercicio ilícito. Ante este tribunal Bonham fue declarado culpable y encarcelado, siendo además incapaz de pagar el monto al que había sido multado.<sup>189</sup>

En juicio paralelo el caso fue planteado por Bonham ante el *Tribunal of Common Pleas* que era presidido por Coke en el que reclamó el abuso de autoridad del colegio de médicos ya que fue arrestado ilegalmente (*false imprisonment*) y el pago de 100 libras ocasionado por el daño de su arresto. En este juicio los demandados alegaron que la autoridad de poder multar o arrestar por el ejercicio médico sin licencia fue otorgado por Enrique VII y confirmada por Enrique VIII y la ley relativa a la materia de 1540, teniendo como fin principal el cuidado del pueblo y su salud siendo que este representa el “corazón del pueblo”.<sup>190</sup>

Por otra parte, Bonham alegó que, siendo él un médico formado en la universidad de Cambridge, la ley de 1540 lo facultaba para el ejercicio profesional

---

<sup>188</sup> *Ibidem*, pp. 854-856.

<sup>189</sup> *Idem*.

<sup>190</sup> Fernández Segado, *op. cit.*, p.78.

ya que el fin de esta ley consistía en evitar que gente ajena a esta disciplina la ejerciera, sin embargo, su título por sí mismo lo identificaba como alguien docto en ello y por lo tanto no tenía necesidad de colegiarse ante nadie.

El resultado ante el *Tribunal of Common Pleas* fue favorable para Bonham a través de un fallo de 3-2 donde los votos de Coke, Daniel y Warburton le otorgaron la libertad a Bonham así como el pago de 40 libras por daños por parte del colegio de médicos.

La argumentación de Coke se basó en la conclusión de dos premisas importantes:

1) Los censores no tenían facultad para encarcelar al demandante por cualquiera de las causas mencionadas ante el tribunal. 2) Admitiendo que los censores tuvieran por ley esa facultad, ellos no habían perseguido judicialmente en forma adecuada su autoridad. En otras palabras, o la ley del Parlamento no otorgaba a los censores la facultad para encarcelar a Bonham o, si se la daba, los censores no habían seguido sus disposiciones en sus actuaciones contra él.<sup>191</sup>

Este par de conclusiones resultan de que Coke en primer lugar distingue la mala práctica de la práctica ilícita, siendo la primera la única susceptible a otorgar una pena de prisión y siendo la segunda susceptible solamente a penas pecuniarias. De aquí se desprende que la práctica ilícita se configura como una falta administrativa y la mala práctica con la responsabilidad penal ya que el hecho de practicar ilícitamente la medicina no se manifiesta en el daño en el cuerpo de alguien en particular y por lo tanto el derecho penal como *última ratio* del Estado en el uso coactivo de autoridad no amerita su aplicación. En segundo lugar, Coke manifestó que el tipo de facultad llevada a cabo el colegio de Médicos es incompatible con el principio de justicia de que nadie puede ser juez en su propia causa dado que el colegio se erigía como juez y parte sin existir posibilidad de contradicción por parte de quienes acusaba.

---

<sup>191</sup> *Ibidem*, pp. 86.

### 2.1.2 John Locke

John Locke es uno de los pensadores más influyentes en la historia al hacer grandes aportaciones tanto en el ámbito de la teoría del conocimiento en su “Ensayo sobre el conocimiento humano” (1690) así como en el ámbito de la teoría y la filosofía política principalmente a través de su ensayo político más famoso el “*Segundo tratado sobre el gobierno civil*” (1689) por el que se le considera uno de los padres del liberalismo moderno al resaltar al individuo como el núcleo sobre el que gira el origen convencional del poder político y desprendiéndose de aquí los valores que el Estado deberá tutelar y de aquí el resto de sus funciones, en uno de los primeros sistemas de pesos y contrapesos en el diseño institucional de este.

El punto de inicio para el desarrollo de su filosofía política comienza en el significado y origen convencional del poder político. Para Locke en el caso del significado del poder político:

Entiendo, pues, por poder político el derecho de hacer leyes sancionadas con la pena de muerte y, en consecuencia, también, otras sancionadas con penas menos graves para la reglamentación y protección de la propiedad; y el emplear las fuerzas del Estado para imponer la ejecución de tales leyes, y para defender a este de todo atropello extranjero; y todo ello únicamente con miras al bien público.<sup>192</sup>

El ejercicio del poder político requiere entonces un diseño institucional que necesita *a priori* la creación y ejecución de las leyes y para ello de acuerdo con Locke el Estado y las instituciones encargadas de estas tareas tienen un origen convencional, es decir, Locke es un contractualista que afirma que los hombres se encuentran primero en un estado pre político y que la voluntad y el consenso es lo que los lleva a un régimen político con instituciones creadoras y ejecutoras de la ley necesarias para una vida óptima en sociedad.

A este estado pre político donde no existen autoridades se le conoce como “estado de naturaleza” y es un concepto común en los filósofos contractualistas como Locke, Hobbes, o Rousseau. Como herramienta filosófica el estado de

---

<sup>192</sup> Locke, John, “Segundo tratado sobre el gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil” en *Locke*, Madrid, Gredos, RBA, 2015, p.118.

naturaleza lo que busca responder es cuál es la necesidad de la política o ¿por qué es necesario un gobierno? Las conclusiones que obtendrá serán principalmente derivadas de la naturaleza humana lo que nos lleva a deducir las siguientes preguntas: ¿Qué pasaría si no existiera un orden político? Y, ¿antes de que existiera un orden político como eran probablemente las sociedades?

Debido a que en términos materiales estas preguntas no tienen respuesta, los principales filósofos contractualistas utilizan un experimento mental para sustentar al estado de naturaleza como concepto, que a su vez dará sustento a su teoría contractualista. John Locke escribe sobre el estado de naturaleza:

Para comprender bien en qué consiste el poder político y para remontarnos a su verdadera fuente, será forzoso que consideremos cuál es el estado en que se encuentran naturalmente los hombres, a saber: un estado de completa libertad para ordenar sus actos y para disponer de sus propiedades y de sus personas como mejor les parezca, dentro de los límites de la ley natural, sin necesidad de pedir permiso y sin depender de la voluntad de otra persona.<sup>193</sup>

A diferencia de Thomas Hobbes quien se caracterizó por otorgar una teoría laica y libre de metafísica, la existencia de dios es una piedra angular dentro de su teoría. El hilo conductor del estado de naturaleza de Locke es la ley natural, misma que es de origen divino y que regirá de forma autoevidente a los hombres para que no se destruyan unos a los otros.

Al igual que Hobbes, la teoría de Locke descansa en tres pilares fundamentales: Un estado de perfecta libertad, de igualdad y en el que rige la ley natural. A pesar de que estos dos autores coinciden en la existencia de estas características cada teoría las presenta de manera radicalmente distinta.

En primer lugar, para Hobbes el concepto de libertad es absoluto, es decir, el hombre puede hacer sencillamente todo lo que quiera con las limitaciones que otros hombres puedan imponerle. Por otra parte, para Locke el estado de naturaleza es de perfecta libertad con las limitaciones de la ley natural:

---

<sup>193</sup>*Ibidem*, p.119



Aunque ese estado natural sea un estado de libertad, no lo es de licencia; aunque el hombre tenga en semejante estado una libertad sin límites para disponer de su propia persona y de sus propiedades, esa libertad no le confiere derecho de destruirse a sí mismo, ni si quiera a alguna de las criaturas que posee, sino cuando se trata de consagrarla con ello a un uso más noble que el requerido por su simple conservación. El estado natural tiene una ley natural por la que se gobierna y esa ley obliga a todos.<sup>194</sup>

Puesto que dios nos hizo iguales y libres a todos, nosotros no tenemos la potestad de destruirnos unos a los otros salvo casos excepcionales. Tampoco podemos privar a otros de su libertad o propiedades.

En cuanto al concepto de igualdad para Hobbes, todos somos iguales en relación con nuestras características biológicas tanto físicas como intelectuales. El concepto de igualdad para Hobbes se manifiesta íntimamente ligado al estado de naturaleza, ya que en términos naturales las diferencias entre los hombres no son lo suficientemente importantes como para poder aseverar que unos tengan ventajas biológicas que los hagan invulnerables respecto de otros hombres. Si bien pueden existir sujetos más fuertes e inteligentes que otros, aun así, estos se encuentran en un plano natural en el que pueden de ser eliminados o vulnerados con el fin de la consecución de los planes de otro sujeto que en términos biológicos pueda ser más débil tanto física como intelectualmente. De esta igualdad surge que cada sujeto tenga la igualdad de esperanza en la consecución de sus fines personales por lo que entonces al tener esta expectativa de ser vulnerados surge la inseguridad y por ello el hombre antes de ser vulnerado prefiere anticiparse y vulnerar a su posible agresor, de aquí que surja la guerra y posteriormente una guerra de todos contra todos.<sup>195</sup>

Para Locke esta igualdad no se expresa de esta manera sino lo hace en forma de criterios morales, es decir esta igualdad se refleja en que no existe un derecho divino que le dé a alguien el poder de gobernar y de coartar la libertad o constreñir la conducta de alguien más.<sup>196</sup> Nadie puede someter ni imponer su

---

<sup>194</sup> *Ibidem*, p.120.

<sup>195</sup> Bermudo, J.M, "Libertad, igualdad y justicia en Hobbes" en *Ideas y Valores*, Colombia, Universidad Nacional de Colombia, Vol. 47, No. 108, 1998, pp. 63-65.

<sup>196</sup> Wolff, Jonathan, *Filosofía Política: Una Introducción*, España, Ariel, 2012, p.36.

voluntad sobre otro puesto que por decisión divina todos somos iguales. Esta crítica va especialmente a la doctrina patriarcal de Robert Filmer (1588 – 1653) que defendía el derecho divino de la realeza y cuya doctrina fue tomada en por esta misma para defender y justificar su poder político.

En tercer lugar, la ley natural en para Hobbes es la búsqueda de la paz:

Las pasiones que inclinan a la paz son el temor a la muerte, el deseo de las cosas que son necesarias para una vida confortable, y la esperanza de obtenerlas por medio del trabajo, la razón sugiere adecuadas normas de paz, a las cuales pueden llegar los hombres por mutuo consenso. Estas normas son las que, por otra parte, se llaman leyes de la naturaleza.<sup>197</sup>

Para Locke las leyes de naturaleza son el respetar la voluntad divina, estas leyes le dan sustento tanto a la igualdad como a la libertad. Al ser puestos en la tierra a voluntad de dios, es su potestad terminar con la vida del hombre, esta potestad no nos pertenece a nosotros. Cada hombre deberá de buscar la preservación de la humanidad hasta donde pueda. Para justificar la ley de naturaleza Locke afirma que dios nos ha dado la posibilidad de hacerla cumplir, ya que de otra manera esta ley sería inútil siendo contrario a que dios siempre le da utilidad a todo lo que crea. Al ser todos iguales en estado de naturaleza todos podemos hacer cumplir la ley natural de esta manera cualquier persona que viole la ley natural puede ser castigada por otra que en uso de su razón la conozca.

Por el derecho que todo hombre tiene de defender a la especie humana en general, está autorizado a poner obstáculos e incluso, cuando ello es necesario, a destruir las cosas dañinas para aquella; así es como se puede infligir al culpable de haber transgredido la ley el castigo que puede hacerle arrepentirse, impidiéndole con su ejemplo a los demás que recaiga en delito semejante. En un caso y por un motivo igual, cualquier hombre tiene el derecho a castigar a un culpable, haciéndose ejecutor de la ley natural.<sup>198</sup>

Aparentemente después de todo, el estado de naturaleza de Locke no parece tener muchos inconvenientes por sí mismo. Pero la misma ley natural que le da este

---

<sup>197</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán: O la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 112.

<sup>198</sup> Locke, John, *op. cit.*, p.122.

aparente estado en el que se puede convivir sin una autoridad es la misma que hará que el hombre por conveniencia tenga que buscar asociarse en un gobierno civil.

Si bien dios le ha dado a cada hombre la posibilidad de descubrir por sí mismo la ley natural, habrá muchos que la desconozcan y por lo tanto no la puedan aplicar, además al aplicar la autotutela será siempre un factor que intervenga en su incumplimiento o cumplimiento irracional, pues por ejemplo; cuando mis enemigos rompan la ley de la naturaleza y yo sea el ejecutor, muchas veces podría imponer castigos desproporcionadamente severos pues la venganza me motivará a ello, lo mismo cuando mis amigos o yo seamos los que incumplamos con la ley natural y yo o ellos sean los ejecutores, en algunos casos podría no sancionarse al infractor o imponer una sanción mucho más tenue de la merecida. En cuanto a la administración de justicia está tendrá problemas en su aplicación pues la ley natural podría interpretarse de múltiples formas sin que existan patrones generales para saber que debe ser castigado y en qué forma.

El estado de naturaleza que Locke concibe no es un estado de guerra como el Hobbes describe ya que el estado de guerra puede bien presentarse en presencia o ausencia de un gobierno civil si la fuerza se utiliza sin derecho. Del pensamiento de Locke se pueden obtener en que formas difieren estos dos estados:

- I) En el estado de naturaleza no existe ni una ley convencional más que la ley divina y tampoco existe ningún juez común.
- II) En un gobierno civil existe un juez común encargado de hacer cumplir la ley convencional que debe ser reflejo de la ley divina.
- III) El estado de guerra se presenta cuando se utiliza la fuerza sin derecho
- IV) El estado de paz se presenta cuando no se utiliza la fuerza sin derecho.<sup>199</sup>

Por estas razones Locke afirma que es necesario la sumisión a un gobierno civil que sea quien se encargue de proteger nuestros derechos más importantes, siendo estos: la vida, la libertad y la propiedad privada. De aquí que cada persona en un gobierno civil ceda a este la potestad de autotutela y sea el fin del estado y

---

<sup>199</sup> Goldwin, Robert A., "John Locke" en Strauss, Leo y Cropsey, Joseph (comps.), *Historia de la filosofía política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 455.

no otro el de proteger estos derechos a aquellos que den su consentimiento para de esta manera hacer que el estado de paz pueda ser más estable.

Con el fin de preservar los derechos anteriores clásicos del liberalismo se desprenden las funciones constitutivas del Estado que son la función normativa, coactiva y judicial.<sup>200</sup> Por último dado que la actividad del Estado únicamente debe estar encaminada a mantener el bien común es necesario que existan limitaciones en el ejercicio del poder político para que una sociedad no entre en un estado de guerra y supere las carencias del estado de naturaleza. De aquí que Locke se oponga al absolutismo:

Resulta, pues, evidente que la monarquía absoluta, a la que ciertas personas consideran como el único gobierno del mundo, es, en realidad, incompatible con la sociedad civil, y, por ello, no puede ni siquiera considerarse como una forma de poder civil. La finalidad de la sociedad civil es evitar y remediar los inconvenientes del estado de naturaleza que se producen forzosamente cuando cada hombre es juez de su propio caso, estableciendo para ello una autoridad conocida a la que todo miembro de dicha sociedad pueda recurrir cuando sufre algún atropello, o siempre que se produzca una disputa y a la que todos tengan obligación de obedecer. Allí donde existen personas que no disponen de esa autoridad a quien recurrir para que decida en el acto las diferencias que surgen entre ellas, esas personas, siguen viviendo en un estado de naturaleza. Y en esa situación se encuentran, frente a frente, el rey absoluto y todos aquellos que están sometidos a su régimen.<sup>201</sup>

A partir de esta premisa esta obra desarrolla las diferentes funciones y limitaciones de los poderes estatales, de los cuales Locke distingue al Poder Legislativo, Ejecutivo y Federativo. El diseño institucional de Locke no solamente es abstractamente funcional sino también orgánica ya que describe un diseño no solamente sustentado en un orden de garantías morales sino principalmente jurídicas.<sup>202</sup>

En orden de importancia el Poder Legislativo tiene primacía sobre los demás ya que es la ley convencional el primer punto necesario para salir de un estado de

---

<sup>200</sup> Blanco Valdés, Roberto, *El valor de la constitución*, Madrid, Alianza, 2010, p. 51.

<sup>201</sup> Locke, John, *op. cit.*, p.172.

<sup>202</sup> Blanco Valdés, Roberto, *op. cit.*, p. 56.

naturaleza. Congruente con la limitación al poder político Locke define cuatro principales limitaciones al poder legislativo:

Éstas son las condiciones que le son impuestas al poder legislativo de todo Estado, y bajo cualquier forma de gobierno, por virtud del mandato que la sociedad y la ley de Dios y de naturaleza han depositado en sus manos. Primero: Tienen que gobernar guiándose por leyes promulgadas y establecidas, que no han de variarse en casos particulares, sino que han de aplicarse igualmente al rico y al pobre, al favorito en la Corte y al campesino que empuña el arado. Segundo: Estas leyes no pueden estar encaminadas a otro fin último que no sea el bien del pueblo. Tercero: No podrán los gobernantes aumentar los impuestos sobre la propiedad del pueblo sin el consentimiento de éste, ya venga dado por el pueblo mismo por sus diputados. Esta condición es únicamente aplicable a aquellos gobiernos en los que la legislatura existe de manera permanente, o allí donde el pueblo no ha reservado una parte del poder legislativo para entregársela a sus diputados, los cuales son elegidos periódicamente por el pueblo mismo. Cuarto: La legislatura no deberá ni podrá transferir a nadie el poder de hacer leyes, ni depositarlo en lugar diferente de aquel en el que el pueblo lo ha depositado.<sup>203</sup>

En relación con el poder legislativo también cabe destacar la ausencia en el diseño de Locke del Poder judicial. En este caso el Poder judicial no es otra cosa que una extensión del parlamento. Hombres que deberán realizar un trabajo más bien mecanicista enfocado en aplicar el espíritu de la ley divina y que no tienen autoridad política independiente de aquella que el Poder legislativo contiene. Para Locke la función judicial no tiene razón para existir como un poder independiente ya que este se desenvuelve en la sociedad política por aquellos que crean las leyes. Tanto los jueces como los legisladores establecen el derecho sin ser relevante que unos lo establezcan de forma general y abstracta y otros lo hagan de forma particular y concreta.<sup>204</sup>

En relación con el Poder ejecutivo este se encarga únicamente de ejecutar la ley preexistente para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado. Su funcionamiento a diferencia del legislativo se encuentra siempre activo ya que los legisladores se reunirían solamente esporádicamente teniendo el poder ejecutivo la facultad de convocar a la legislatura para evitar peligros políticos dado que el

---

<sup>203</sup> Locke, John, *op. cit.*, p. 207.

<sup>204</sup> Blanco Valdés, Roberto, *op. cit.*, p. 58.

parlamento solo deberá reunirse en relación con el bien público de acuerdo con que lo amerite la coyuntura social y del Estado. La anterior potestad viene a considerarse una de las facultades que el poder ejecutivo tiene sobre el poder legislativo seguida de la facultad para determinar la proporción territorial de la representación del parlamento que se sustenta en que quien gobierne tenga la capacidad de adaptarse a los cambios sociales y asignar y a la división territorial el peso político necesario de acuerdo con sus características.

Este diseño institucional sustentado en preceptos morales encaminados a la protección de los derechos del individuo ha convertido a Locke en el filósofo de la Revolución Inglesa de 1688 así como una inspiración innegable para los padres fundadores de E.U.A quienes quisieron plasmar ese orden moral la Constitución de 1787. De aquí se sigue que el pensamiento de Locke también haya tenido un fuerte impacto en el constitucionalismo moderno resaltando de acuerdo con Blanco Valdés dos puntos importantes:

- I) La explicitación de la incompatibilidad entre la concentración absoluta de poder y la Constitución de la sociedad política en donde el Estado liberal se encuentra condicionado a la separación de poderes y siendo la Constitución el instrumento normativo por excelencia para la regulación y el control del poder político.
- II) La tensión inevitable entre el poder ejecutivo y el legislativo en el ejercicio del poder político por la búsqueda de la preeminencia de la voluntad de uno sobre el otro, para sanear este fenómeno es necesario la aplicación de un sistema les otorgue facultades a ambos sobre el otro en la búsqueda de mantener el poder equilibrado.<sup>205</sup>

Podemos concluir en relación con el poder judicial que el sistema de Locke describe sigue siendo altamente centralista dado que el propio defensor de la ley sería el poder ejecutivo en su función garantista por lo que la función judicial sigue siendo una parte más de la legislativa sin diferenciar sustancialmente sus características. De aquí se desprende también el hecho que Locke solo pueda

---

<sup>205</sup> Blanco Valdés, Roberto, *op. cit.*, p. 64.

considerar que si una sociedad entra en estado de guerra dado la posibilidad de tiranía por parte de un gobernante la única solución para un pueblo sea “pedirle al cielo” un alto al gobernante o la rebelión por parte del pueblo. No existe en esta concepción un poder judicial que pueda revisar ni que las leyes sean congruentes con ese concepto de ley divina Locke concibe ni que los actos de ejecución por parte del poder ejecutivo se apeguen a la ley convencional. De aquí que el poder judicial bajo esta concepción no tiene el peso político relevante que las sociedades de un Estado moderno requieren para alejarse de la autocracia en busca de un régimen democrático.

### **2.1.3 Montesquieu**

El papel judicial tiene tras el trabajo más famoso de Montesquieu “*Del espíritu de las leyes*” (1748) una reconceptualización que se volvió paradigmática hasta la creación de los primeros tribunales constitucionales europeos en el siglo XX y que sigue marcando el trabajo judicial en materia de estricta legalidad en relación con un diseño clásico, pero hoy en día superado, de la división de poderes en el que los jueces interpretan de forma exegética y mecánica la ley.

*Del espíritu de las leyes* es una obra que tiene como propósito describir una teoría general de la sociedad. Es una obra sociológica que busca describir el funcionamiento de los diversos gobiernos existentes en el siglo XVIII y añadiendo las características que estos tienen de acuerdo con el espacio en el que se encuentran de aquí se desprende que Montesquieu analice la variedad de gobiernos existente en relación con factores como el clima, el suelo, etc. Y considera estos factores en influencia del carácter y temperamento psicológico para así poder concluir como es que los distintos pueblos tienen desarrollos diversos en el arte, la ciencia, el comercio y demás costumbres.<sup>206</sup>

---

<sup>206</sup> Sabine, George H., *Historia de la teoría política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2019, pp. 422-423.

A partir de esto sostiene que las leyes pueden ser mejores o peores según la aplicación en una sociedad en concreto, las leyes que bien pueden ser útiles para un pueblo pueden ser perniciosas para otro pueblo y viceversa de acuerdo con sus características espaciales y temporales. Sin embargo, Montesquieu concluye que a pesar de la gran variedad de gobiernos estos pueden reducirse principalmente a tres arquetipos:<sup>207</sup>

Hay tres clases de Gobierno: el republicano, el monárquico y el despótico. Para descubrir su naturaleza nos basta con la idea que tienen de estos tres Gobiernos los hombres menos instruidos. Doy por supuestas tres definiciones o, mejor, hechos: uno, que el Gobierno republicano es aquel en que el pueblo entero, o parte del pueblo tiene el poder soberano; el monárquico es aquel en que gobierna uno solo, con arreglo a leyes fijas y establecidas; por el contrario, el Gobierno despótico una sola persona sin ley y sin norma, lleva todo según su voluntad y su capricho.<sup>208</sup>

En la obra comentada Montesquieu lleva a cabo una crítica hacia el despotismo considerándolo como el gobierno de uno solo “sin leyes ni frenos” equivalente a los conceptos clásicos de la tiranía y como la deformación corrupta que Aristóteles planteó mucho tiempo atrás de las formas políticas puras.<sup>209</sup> En relación directa con el despotismo se encuentra también el ejercicio de la libertad política que de igual forma está vinculada con la legalidad de las actuaciones del gobernante:

[...] la libertad política no consiste en hacer lo que uno quiera. En un estado, es decir, en una sociedad en la que hay leyes, la libertad solo puede consistir en poder hacer lo que se debe querer y en no estar obligado a hacer lo que no se debe querer.

Hay que tomar consciencia de lo que es la independencia y de lo que es la libertad. La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten, de modo que, si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, ya no habría libertad, pues los demás tendrían igualmente esta facultad.<sup>210</sup>

---

<sup>207</sup> Lowenthal, David, “Montesquieu” en Strauss, Leo y Cropsey, Joseph (comps.), *Historia de la filosofía política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 489-490.

<sup>208</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Alianza, 2015, p. 48.

<sup>209</sup> Bobbio, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político. Año académico 1975-1976*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018, pp. 126-127.

<sup>210</sup> Montesquieu, *op. cit.*, pp. 204-205.



El concepto de libertad negativa que Montesquieu aporta se encuentra supeditado al cumplimiento de la ley y por lo tanto a “que nadie este obligado a hacer las cosas que no preceptuadas por la ley, y a no hacer las permitidas”. De esta concepción de libertad se deriva el diseño de la división de poderes que en un principio es un modelo que describe el sistema político de Inglaterra en un ejercicio de reflexión sobre la Constitución de este país.

Contrario a esta idea la doctrina mantiene el acuerdo general sobre que la descripción que Montesquieu realizó es falsa dado que en ese tiempo solamente existían dos poderes en Inglaterra; el ejecutivo y el legislativo. Siendo además poderes en constante tensión por la posibilidad de que estos se unieran y se convirtiera en un sistema despótico.<sup>211</sup>

Montesquieu afirma sobre la división de poderes:

Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo en los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil.

Por el poder legislativo, el príncipe o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a este poder judicial, y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado.

La libertad política del ciudadano depende de la tranquilidad del espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad. Y para que exista la libertad es necesario que el Gobierno sea tal que ningún ciudadano pueda temer a nada de otro.

Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente.

Tampoco hay libertad si el poder judicial no estar separado del legislativo ni del ejecutivo, Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al ejecutivo el juez podría tener la fuerza de un opresor.

---

<sup>211</sup> Blanco Valdés, Roberto, *op. cit.*, pp. 71-72.

Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejercer los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos y las diferencias entre particulares.<sup>212</sup>

A partir de este pasaje en el que desarrolla la separación orgánico-funcional de poderes inspirada principalmente en las formas de gobierno mixto ya descritas antes por Polibio, Montesquieu expone lo que se convertiría en la teoría de pesos y contrapesos más célebre de la historia, buscando otorgar poder para frenar al poder.

En primer lugar, en relación con el poder legislativo afirma que debe ser un cuerpo separado en relación con el carácter estamental de la sociedad. Por una parte, una cámara alta compuesta por los nobles de la sociedad y por otra una cámara baja compuesta por la población en general. Estas dos cámaras se atemperarán una a la otra a través de la llamada “facultad de impedir” consistente en la capacidad de examinar y anular la resolución tomada por su parte contraria. Montesquieu separa la función judicial de la legislativa, sin embargo, le otorga facultades materialmente judiciales al parlamento al conocer y juzgar los delitos políticos, así como la facultad del otorgamiento de fueros a nobles, así como de indultos.<sup>213</sup>

En segundo lugar, en relación con el poder ejecutivo, este tiene facultad de reunión del parlamento, con lo cual la existencia material de este último depende del primero. Esta facultad deviene del peligro que ocasionaría si el parlamento pudiera reunirse a voluntad propia y decidieran nunca prorrogar su actividad atentando con la estabilidad del poder ejecutivo. El ejecutivo además para evitar leyes despóticas tiene la “facultad de estatuir” consistente en corregir las leyes hechas por el parlamento y la ya mencionada “facultad de impedir” para anular la ley.<sup>214</sup> En relación con quien debe de ejercer el poder ejecutivo, Montesquieu siempre se inclinó por una monarquía, monarquía que no cae en el despotismo al ser “constitucional” por limitar al rey al cumplimiento de órdenes incorporadas en una Constitución. En el ejercicio del poder ejecutivo es necesario la acción

---

<sup>212</sup> Montesquieu, *op. cit.*, pp. 206-207.

<sup>213</sup> *Ibidem*, pp. 209-2014.

<sup>214</sup> Blanco Valdés, *op. cit.*, pp. 82-83.

indubitada y rápida que proviene en la mayoría de los casos no de varias sino de una sola persona.

En tercer y último lugar, el poder judicial no es concebido como un poder político auténtico, sino que su razón de “poder” se traslada a “el poder de juzgar, tan terrible para los hombres” para evitar que el legislativo pueda ser juez y parte al mismo tiempo y asegurar imparcialidad en decisiones tan trascendentales en las que se dispone del patrimonio, la libertad o la vida de los ciudadanos.<sup>215</sup> El poder judicial bajo la concepción de Montesquieu sería otorgado a particulares del pueblo a manera de tribunales especiales; nombrados bajo prescripción de la ley y encomendados a trabajar durante un tiempo determinado o hasta que la necesidad determinado asunto así lo requiera. Este poder judicial será muy divergente a la concepción de Hamilton y Madison en *El Federalista* quienes impulsaban a jueces doctos en derecho y con estabilidad en cargos temporalmente indefinidos para asegurar una judicatura independiente y ajena al golpeteo político coyuntural.

Para concluir, la trascendencia de la teoría de la división de poderes de Montesquieu tuvo un impacto muy grande, primero en la concepción de la división de poderes como un sistema de pesos y contra pesos en oposición al diseño de separación estricta que proponía un sistema en el que cada rama de los poderes estatales se ocuparan solo de sus propias tareas sin poder intervenir en las de otras ramas,<sup>216</sup> y en segundo lugar, en la caracterización del Poder Judicial como una institución apolítica e imparcial para evitar el ejercicio despótico de la adjudicación del derecho, siendo la escuela exegética francesa del siglo XIX la que probablemente más resaltó el papel del “juez ejecutor”; pasivo, mecánico y fiel a la voluntad del legislador, tanto con baja creatividad jurisprudencial, como baja autonomía política convirtiéndose en la “boca de ley”.<sup>217</sup> Esta concepción sería criticada posteriormente hasta el siglo XX por diferentes teóricos del derecho entre

---

<sup>215</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 2015, p. 65.

<sup>216</sup> Gargarella, Roberto, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos” en Gargarella, Roberto (comp.) *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la justicia de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014, p.129.

<sup>217</sup> Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patricia, *op. cit.*, pp. 66-67.

ellos H.L.A Hart, quien culparía a Montesquieu y a Blackstone de ser “los villanos de un drama” que concibe a los jueces como autómatas.<sup>218</sup>

#### 2.1.4 El Federalista

“*El Federalista*” son una serie de escritos realizados por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay dedicados a la exposición de principios políticos aplicables a una república federal. A través de ellos se realizó un diseño institucional del sistema político federal que Madison buscaba implementar en la Constitución de 1786 en E.U.A.

En su aspecto teleológico estos escritos fueron un instrumento político cuyo fin se adscribe a las pretensiones políticas de Hamilton y Madison en que se pretendió influir en la elección de los delegados del Estado de Nueva York para que ratificaran la Constitución y darle a conocer a los delegados no afines al sistema federal las bondades de este, sin embargo, es innegable que más allá de este carácter instrumental *El Federalista* aportó al constitucionalismo moderno y al federalismo una base teórica que no solamente influenció al incipiente sistema político de E.U.A sino a los siguientes Estados que nacerían posteriormente.<sup>219</sup>

Las influencias filosóficas en *El Federalista* son principalmente los escritos políticos de Locke, pugnando por el Estado protector de los valores supremos que Locke había considerado como el fin de este; la protección de la vida, la libertad, y la propiedad privada. Esto queda reflejado en que Madison fue uno de los redactores de la Declaración de Derechos (aunque él la creía innecesaria) que adhirió a la Constitución norteamericana lo que constituye su parte dogmática. De hecho, la Declaración de Derechos es la concreción jurídica de los derechos naturales producto del pensamiento de Locke y Paine.

---

<sup>218</sup> Hart, H.L.A, “El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral” en Dworkin, Ronald (comp.), *La filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018, pp. 82-83.

<sup>219</sup> Diamond, Martin, “El Federalista” en Strauss, Leo y Cropsey, Joseph (comps.), *Historia de la filosofía política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 619.

En relación con el Poder Judicial los escritos 78,79,80, 81 y 82 describen sus funciones principales y su relación con los otros poderes estatales en un sistema de frenos y contrapesos (*checks and balances*) *ad hoc* a una federación cuya función era mantener las funciones de estos sin diálogo ni interacción entre estos sino buscaba los mecanismos de paz armada que evitaran la injerencia política de uno sobre otro.

Comenzando con el número 78 este realiza dos importantes aportaciones respecto de la independencia del Poder Judicial y un esbozo sobre la revisión judicial como facultad de este. Respecto de la independencia del Poder Judicial este escrito describe como presupuesto la debilidad de la judicatura en atribuciones políticas respecto de los otros dos poderes:

[...] la judicatura no tiene influencia sobre la espada, ni sobre la cartera, y tampoco dirige la fuerza o la riqueza de la sociedad; ni si quiera puede tomar una resolución activa por cuenta propia. En verdad se puede decir que no tiene ni FUERZA ni VOLUNTAD sino meramente juicio y, en última instancia, dependerá del socorro del brazo ejecutivo incluso para hacer que sus juicios tengan efecto.<sup>220</sup>

Esta caracterización del poder más débil da como resultado la necesidad de independencia judicial en un primer nivel externo de los otros poderes, por lo que Hamilton concluye que es necesaria la estabilidad de la judicatura a través de cargos fijos y por tiempo indefinido mientras estos demuestren buena conducta para así no ser susceptibles a ser removidos de su cargo por caprichos políticos. Otra característica mencionada es la importancia de que los jueces sean personas instruidas en derecho y conozcan los precedentes que constituyen el sistema jurídico, precedentes que conformarán el cuerpo legal que evite la discrecionalidad en la decisión judicial.

Por último, el número 78 menciona un esbozo de la revisión judicial con fundamento en la supremacía constitucional:

La interpretación de las leyes es el ámbito natural y específico de los tribunales. De hecho, una Constitución es y debe ser considerada por los jueces como una ley fundamental y, por

---

<sup>220</sup> Hamilton, Alexander *et al.*, *El Federalista*, Madrid, Akal, 2015, p. 549.

tanto, ellos son los que deben determinar su significado y el de cualquier acto concreto del cuerpo legislativo. Si surgiera una discrepancia irreconciliable entre estos dos, está claro que debería tener preferencia el que tenga superior rango de jerarquía y validez. Es decir, la Constitución debe prevalecer sobre una ley ordinaria, y la intención del pueblo sobre la intención de sus agentes.

Esta conclusión de ningún modo supone una superioridad del Poder Judicial sobre el legislativo. Solo supone entender que el poder del pueblo es superior a ambos y que, cuando la voluntad del legislativo, plasmada en sus leyes, es contraria a la del pueblo, plasmada en la Constitución, los jueces deben estar gobernados por esta última y no por las primeras.<sup>221</sup>

El número 79 describe la estabilidad salarial de los jueces como mecanismo para asegurar su independencia externa. Este pasaje menciona la importancia de salarios suficientemente altos para que los jueces no necesiten otras vías de ingresos, así como la imposibilidad de que los salarios de estos disminuyan pero puedan aumentar debido a las fluctuaciones económicas.<sup>222</sup>

El número 80 establece en qué casos el Poder Judicial federal se erige como órgano resolutor, siendo estas:

1) todos aquellos que surjan a raíz de las leyes de los Estados Unidos, legislados en acorde con poderes legislativos justos y constitucionales; 2) todos lo que conciernan a la ejecución de las disposiciones expresamente contenidas en los artículos de la Unión; 3) todos los que tengan a los Estados Unidos como parte; 4) todos los que atañan a la PAZ de la CONFEDERACIÓN, sea con respecto a las relaciones entre los Estados Unidos y otros países o entre los estados mismos; 5) todos los que se originen en alta mar o que sean de jurisdicción marítima o del almirantazgo; 6) en todos los que suponga una falta de imparcialidad y objetividad por parte de los tribunales estatales.<sup>223</sup>

De estos puntos destaca la configuración de un Poder Judicial *ad hoc* a un sistema federal que conozca de las controversias entre los Estados integrantes para que ninguno de sea juez y parte y, además que tenga facultad de interpretar la Constitución sobre los poderes locales para darle uniformidad en el significado de esta.

---

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 551.

<sup>222</sup> *Ibidem*, pp. 556-558.

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 559.

Por último, los números 81 y 82 exploran en primer lugar la justificación del control de constitucionalidad por parte del Poder Judicial a nivel federal y la relación de este con la judicatura local.<sup>224</sup> En estos dos números Hamilton describe un sistema de distribución de competencias con límites estrictos a la jurisdicción original del Tribunal Supremo subrayando que las facultades que no estén señaladas expresamente para este se entiende que les pertenecen a los tribunales locales, de tal forma que la mayoría de las disputas judiciales serán llevadas por estos sin vulnerar la autonomía política de cada Estado.

Concluiremos respecto de los escritos relativos al Poder Judicial de *El Federalista* que realiza dos importantes aportaciones respecto del Poder Judicial como órgano encargado de dirimir los conflictos entre la federación y los Estados miembro y de salvaguardar la primacía de la Constitución:

- 1) El diseño institucional *ad hoc* a una federación que se encarga de otorgarle solamente competencia a la Suprema Corte en aquellos casos donde la disputa trascienda al orden federal para evitar sesgos en la impartición de justicia y evitar conflictos políticos entre los Estados parte.
- 2) El antecedente teórico directo a la interpretación de Johan Marshall en *Marbury Vs. Madison* en el que la Suprema Corte se otorgaría motu proprio la facultad de no aplicar leyes contrarias a la Constitución, surgiendo así la revisión judicial. Esta interpretación de Hamilton que sería aplicada por Marshall años después es considerada por Roberto Gargarella como una de las justificaciones conservadoras–elitistas para el control de constitucionalidad, entendiéndose que afirma en primer lugar, que para la toma de decisiones políticas correctas o imparciales no es necesario consultar a todos los individuos potencialmente afectados por tales decisiones y en segundo lugar que la imparcialidad en una decisión solo se puede obtener si esta es llevada a cabo por una minoría de individuos ilustrados y virtuosos.<sup>225</sup>

---

<sup>224</sup> *Ibidem*, pp. 566-580.

<sup>225</sup> Gargarella, Roberto, *La justicia sobre el gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2012, pp. 68-72.

### 2.1.5 Marbury Vs. Madison

Esta controversia judicial resuelta en 1803 es considerada como el génesis del control constitucional moderno y es la consolidación del Poder Judicial como idea expresada en *El Federalista*, especialmente en el escrito número 78 de Hamilton. Aún a pesar de esto como se verá más adelante, este caso resuelto por el *chief justice* John Marshall fue producto de la misma debilidad política que tenía la judicatura en los primeros años de E.U.A como nación independiente. Dicha debilidad seguiría estando presente durante el siglo XIX, pero con una transformación en el sistema político que paulatinamente lo convertiría en una de las instituciones judiciales más fuertes a nivel derecho comparado.

El fortalecimiento del Poder Judicial en E.U.A tuvo en esta decisión judicial la prefiguración del control constitucional difuso. Como señala Salazar Ugarte este control tendría tres finalidades:

[...] a) proteger derechos de libertad individuales; b) proteger los derechos de las minorías ante los embates de las minorías (lo que implicaba directamente limitar al poder legislativo); c) impedir que el legislativo pretendiera identificarse con la Constitución (con el poder constituyente) e intentara abarcar todo el espacio político. En síntesis, se trataba de garantizar la primacía constitucional incluso por encima de los principios y legitimidad democrática que acompaña a las decisiones de la asamblea legislativa popularmente electa.<sup>226</sup>

Los hechos que dieron pie a esta resolución comenzaron en 1800 cuando en E.U.A el partido republicano derrotó en los comicios de ese año al partido federalista obteniendo la presidencia y la mayoría en el congreso. Thomas Jefferson fue nombrado presidente sucediendo en el cargo a John Adams en marzo de 1801 dejando solamente la judicatura como el único bastión político controlado por los federalistas. Ante esta desventaja política en enero de 1801 John Marshall fue nombrado presidente de la Corte y los federalistas en el congreso modificaron la *Judiciary Act* de 1789 para ampliar la jurisdicción de los tribunales federales en

---

<sup>226</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 161.



detrimento de jurisdicción local además de crear dieciséis nuevos juzgados primera instancia y poder nombrar respectivamente a nuevos jueces denominados “*midnight judges*”.<sup>227</sup>

El nombramiento de estos jueces fue realizado por John Adams pocas semanas antes de que lo sucediera Jefferson, siendo John Marshall el encargado de entregar el documento firmado y sellado por Adams a los nuevos jueces puesto que ocupaba el cargo de secretario de Estado inmediatamente antes de ocupar su puesto en la Corte. Dentro de estos nombramientos el de William Marbury como juez de paz del Distrito de Columbia fue defectuoso pues a pesar de haber sido firmado y sellado por Adams no le fue entregado por Marshall antes de que Jefferson ocupara la presidencia lo que provocó que una vez presidente, Jefferson supiera del nombramiento de Marbury, pero se negara a entregárselo por conducto de James Madison quien era el nuevo secretario de Estado.<sup>228</sup>

Ante la inconformidad de Marbury el caso llegó a la Corte en 1801 a través de una disposición federal que establecía la capacidad de la Suprema Corte para emitir órdenes de cumplimiento (*writ of mandamus*) a funcionarios públicos, sin embargo, sería resuelto hasta 1803. John Marshall se encontró en este caso en el siguiente dilema en el que aparentemente la Corte perdía terreno político.<sup>229</sup>

- A) No otórgale el derecho de nombramiento a Marbury. Esta decisión hubiera exhibido la incapacidad de la Corte para obligar a un funcionario subordinado al Poder Ejecutivo a realizar sus funciones, mostrando la debilidad política del órgano judicial.
- B) Otorgarle el derecho de nombramiento a Marbury. Esta decisión era más peligrosa que la anterior ya que bien, Madison y Jefferson ante la debilidad institucional de la Corte podían seguir negándose a entregar el nombramiento a Marbury dejando a la Corte en ridículo.

---

<sup>227</sup> Breyer, Stephen, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia: El punto de vista de un juez*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, pp. 51-53.

<sup>228</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 56.

Para salir de este dilema en la sentencia efectuada en 1803 Marshall procedió a formular y resolver tres preguntas fundamentales:<sup>230</sup>

- I) ¿Tiene Marbury derecho al nombramiento? Si, existe una violación a un derecho adquirido de Marbury, al ejecutivo negarse a comunicar su nombramiento.
- II) Si tiene derecho a ser nombrado, ¿las leyes contienen algún mecanismo para satisfacer su pretensión? Si, la conducta de un secretario de Estado que sea contraria a la ley y lesione intereses particulares lo hacen susceptible como cualquier otro ciudadano a ser demandado por la vía ordinaria.
- III) Si las leyes contienen este mecanismo, ¿es la orden de cumplimiento (*writ of mandamus*) el mecanismo adecuado para otorgarle su derecho a ser nombrado? Si, la sección 13 de la *Judiciary Act* otorgaba a la Corte en primera instancia la facultad para emitir dichas órdenes de cumplimiento.

Aparentemente aunque la respuesta a estas tres preguntas es positiva y la Corte debió emitir la orden de cumplimiento, la coyuntura política obligó a Marshall a desestimar la constitucionalidad de la sección 13 de la *Judiciary Act* al ser contraria con la Sección II del artículo 3ro de la Constitución, ya que esta definía a la Corte como un tribunal de apelación y excepcionalmente como instancia de jurisdicción originaria, de tal forma que Marbury hubiera tenido que acudir primero a un tribunal de menor jerarquía antes que a la Corte, con lo que perdió el caso por cuestiones meramente formales.<sup>231</sup>

De acuerdo con Carlos Nino el razonamiento de Marshall en esta sentencia puede comprenderse en las siguientes premisas:

- I) El Poder Judicial está obligado a aplicar la ley,
- II) La aplicación de dos leyes contradictorias en un mismo caso no es posible y una deberá excluir la aplicación de la otra,
- III) La Constitución es la norma suprema y define la aplicación del resto de normas,

---

<sup>230</sup> Blanco Valdés, *op. cit.*, pp.177-179.

<sup>231</sup> *Ibidem*, p. 180.

- IV) La supremacía constitucional significa que cuando una norma de menor rango la contradice no tendrá validez reafirmando de esta forma a la Constitución,
- V) Si la premisa anterior fuera falsa, la Constitución no serviría para limitar la legislatura ya que podría ser modificada por esta a través de una ley ordinaria,
- VI) La legislatura está limitada por la Constitución,
- VII) Si una norma no es válida, esta carece de fuerza obligatoria,
- VIII) El Poder Judicial no debe aplicar normas contrarias a la Constitución que hayan sido emitidas por la legislatura.<sup>232</sup>

El razonamiento de Marshall contiene en la afirmación de modificar la Constitución solamente de forma agravada a diferencia de leyes ordinarias siendo estas inadmisibles a considerarse válidas cuando sean contrarias con la propia Constitución. Por otra parte, también afirma que el papel de la judicatura respecto del control de constitucionalidad consiste en la afirmación del principio de supremacía constitucional.

Marbury Vs. Madison representó un paradigma en el papel de Poder Judicial, al instaurar el control constitucional y más precisamente el control difuso como modelo de control originario de E.U.A, siendo este modelo aquel por el cual cualquier juez se encuentra facultado para no aplicar leyes contrarias al texto constitucional en ejercicio de su actividad ordinaria ya que la Suprema Corte de ese país no posee el monopolio del control constitucional sino que lo ejerce como órgano inapelable en la cumbre jerárquica del sistema judicial.<sup>233</sup>

### **2.1.6 Alexis de Tocqueville**

---

<sup>232</sup> Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 261-262.

<sup>233</sup> Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 34-35.

Alexis de Tocqueville estudió derecho y fue un aristócrata que ocupó altos cargos en la magistratura en Francia. Fue un liberal convencido que analizó la democracia, los problemas que puede tener y cómo opera el principio de igualdad inherente a esta como causa primera en cuanto al establecimiento de principios incluidos en la declaración de independencia de E.U.A como lo es la igualdad de todos los hombres ante dios y el derecho a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad individual.<sup>234</sup>

Entre 1835 y 1840 publicó su obra política más importante; “*La democracia en América*”, obra producto de las conclusiones obtenidas en un viaje que realizó a E.U.A entre 1831 y 1832 y en las que describió el avance democrático que tenía este país, comparó las instituciones políticas de E.U.A y Francia, diferenciando de una fuerte centralización que existía en Francia con la división de poderes con menor centralización que había en E.U.A como sistema federal, recalcando los peligros ya vislumbrados desde antes en relación con la tiranía de la mayoría y el menoscabo de los derechos de una élite minoritaria.<sup>235</sup>

Según Tocqueville uno de los factores que hacían novedosa la Constitución de E.U.A era el diseño de su Poder Judicial y las amplias atribuciones que este tenía. En el capítulo VI de *La democracia en América* denominado “El Poder Judicial en Estados Unidos y su acción sobre la sociedad política”, Tocqueville describe las siguientes notas definitorias de esta institución política:

- I) Su función tiene forma procesal, es decir con una serie de procedimientos concatenados que forman un proceso y con leyes preexistentes que lo conforman como un medio jurídico en el que la actividad judicial está constreñida por estas leyes. El juez funciona como un árbitro y no puede funcionar salvo la existencia de un litigio.
- II) El funcionamiento del Poder Judicial se da resolviendo y aplicando la ley en casos particulares. No se pronuncia sobre principios generales

---

<sup>234</sup> Zetterbaum, Marvin, “Alexis de Tocqueville” en Strauss, Leo y Cropsey, Joseph (comps.), *Historia de la filosofía política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp.716-718.

<sup>235</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto, *op cit.*, p.74.

directamente a menos que esto se dé en la resolución de un caso en concreto.

- III) Para la resolución de casos concretos es *conditio sine qua non* el accionar del particular a la actividad judicial. El juez no tiene facultades de resolver casos concretos potestativamente a menos que se acuda ante él y se le solicite su intervención de acuerdo con una baraja de supuestos jurídicos previamente regulados.<sup>236</sup>

A partir de estas notas describe la función política del Poder Judicial a través de sus particularidades, resaltando el gran peso político que tiene como institución y el papel fundamental que encuentra en el cumplimiento material de la Constitución. En primer lugar Tocqueville menciona que la relación de la magistratura y la concepción de la Constitución en E.U.A es única debido a la estrecha relación que estos tienen debido a que están obligados a fundamentar sus decisiones de acuerdo a la Constitución, dado que a diferencia de Francia donde la Constitución se acepta inmutable o de Inglaterra donde esta puede ser modificada por el parlamento ordinariamente como si fuera el Poder constituyente, en E.U.A la Constitución obliga tanto a cualquier servidor público o ciudadano buscando representar la voluntad del pueblo además de que la modificación de la Constitución solo puede llevarse a cabo tras un proceso agravado. De la cualidad anterior Tocqueville describe la función del control constitucional como un poder político de primer orden en cuanto al contrapeso respecto del parlamento, siendo además que el control concreto del Poder Judicial evita que tenga un protagonismo dañino a su juicio al únicamente inaplicar las leyes inconstitucionales a *efectos inter partes*.<sup>237</sup>

*La democracia en América* un texto que precedido las teorías de Hamilton, Madison y Marshall y que están sustentadas en la filosofía política de Locke, termina por redondear la tipología del juez norteamericano como la del “juez político” un juez con alta autonomía política y alta creatividad jurisprudencial cuya

---

<sup>236</sup> Tocqueville, Alexis, *La Democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México, 2015, p. 106.

<sup>237</sup> *Ibidem*, pp. 107-109.

caracterización concibe que el juez como no protectora de la voluntad popular sino que su deber más importante es la protección de derechos individuales de acuerdo al argumento elitista que se opone a la tiranía de la mayoría.<sup>238</sup>

## **2.2 El Poder Judicial en la actualidad desde el Tribunal Constitucional de Austria (1920)**

El siglo XX ha sido en el que la justicia constitucional se consolidó y otorgó los modelos europeos de control que a su vez debido al control abstracto han colocado al Poder Judicial, como una institución de fuerza política enorme, por lo mismo se ha creado la jurisdicción constitucional y algunos países han separado a los tribunales que realizan esta tarea del Poder Judicial, sin embargo, esto último no ha podido menguar todas las tensiones existentes entre el control constitucional y la democracia, dado esto han surgido las teorías del control débil y las teorías dialógicas que buscan hacer compatible las democracias contemporáneas con la función judicial. A continuación, se plantean las teorías y modelos de este siglo que le otorgan diversos papeles a los tribunales.

### **2.2.1 Hans Kelsen y la garantía jurisdiccional de la Constitución**

Hans Kelsen fue un jurista de corte positivista cuyo trabajo no solamente examinó cuestiones estrictas de teoría del derecho y del Estado, sino que sus contribuciones a la teoría constitucional realizan un examen sobre la protección a la Constitución tanto en el aspecto procedimental en que una es ley válida como en el aspecto sustancial en el que el contenido de una ley se apega con el de la Constitución, así como cuál es el órgano del Estado ideal para llevar a cabo esta tarea. Es por esto por lo que autores como Alcalá-Zamora y Castillo, así como Héctor Fix-Zamudio lo consideran el fundador del derecho procesal constitucional al haber inspirado la

---

<sup>238</sup> Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patricia, *op cit.*, p. 70.

creación del tribunal constitucional de Austria de 1920, realizar estudios sobre dicho tribunal e influenciar en los sistemas constitucionales de otros países.<sup>239</sup>

En su ensayo “*La garantía jurisdiccional de la Constitución*”, la justicia constitucional es definida por Kelsen de forma equivalente a la garantía jurisdiccional de la Constitución y siendo esta “un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales”.<sup>240</sup> En este texto Kelsen se propone abordar teóricamente la naturaleza jurídica y política de la justicia constitucional, así como de forma práctica al responder cuáles son medios adecuados para ejercer este control.

Los medios técnicos que Kelsen menciona son las garantías constitucionales como medios garantes de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución y las clasifica en los siguientes tipos que no son excluyentes entre sí, sino que una sola garantía puede reunir las características de varios tipos:

- I) Garantías preventivas: Advierten sobre la realización de actos irregulares.
- II) Garantías represivas: Una vez realizado el acto irregular su función es impedir la reincidencia de dicho acto, reparar el daño causado y si es posible reemplazar el acto irregular por uno regular.
- III) Garantías personales: cuya función busca establecer medidas de coacción y reparación del daño en contra del órgano que realizó el acto irregular. Kelsen menciona a las responsabilidades penal, civil y disciplinaria.
- IV) Garantías Objetivas: se refiere a la nulidad y anulabilidad del acto irregular.<sup>241</sup> Por nulidad se entiende la declaración a través de la cual un acto que pretende ser jurídico-estatal no lo es ya que “objetivamente” es irregular ya que no responde a las condiciones de validez prescritas por

---

<sup>239</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p.106.

<sup>240</sup> Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 10.

<sup>241</sup> *Ibidem*, pp. 34-37.

una norma de jerarquía superior. La anulabilidad por otra parte consiste en la posibilidad de hacer desaparecer dicho acto irregular con las consecuencias jurídicas que produjo.

A través de este ensayo Kelsen realiza una defensa a la necesidad de que sea una autoridad jurisdiccional ajena al parlamento la que lleve a cabo el ejercicio de las garantías constitucionales, definiéndose así el concepto de jurisdicción constitucional estando este estrechamente ligado al control de constitucionalidad concentrado.

De acuerdo Kelsen el principal objeto de control constitucional son las leyes y normas emitidas por el parlamento, sin embargo, todos los actos parlamentarios que tengan carácter obligatorio de acuerdo con la Constitución son susceptibles de ser examinados en su regularidad, como pueden ser el reglamento del parlamento o el voto del presupuesto público, así como aquellos actos que no pretenden ser leyes pero que de acuerdo con la Constitución debieron de haberlo sido pero fueron revestidos con otra forma como la de una publicación.<sup>242</sup> También será competencia del tribunal constitucional la revisión de reglamentos y tratados internacionales ya que tienen fuerza de ley y están subordinados a la Constitución.

Respecto a la organización de la jurisdicción constitucional esta debe integrarse por un número reducido de individuos juristas de profesión ya que su misión es realizar una interpretación jurídica y técnica de la Constitución y excluir del cargo a miembros del parlamento o del gobierno ya que la misión del tribunal es precisamente establecerse como un vigilante de estos dentro de un diseño institucional de sistema de pesos y contrapesos. Kelsen no propone un método único y particular para la designación de los miembros del tribunal constitucional, sino que solamente enuncia algunas formas en las que esto puede llevarse a cabo como lo es la elección conjunta entre el parlamento y el ejecutivo y la posibilidad de que el propio tribunal proponga a los candidatos que considera idóneos para ejercer el cargo.<sup>243</sup>

---

<sup>242</sup> *Ibidem*, pp. 59-60.

<sup>243</sup> *Ibidem*, pp. 57-58.



La justificación del control constitucional es uno de los temas que más relevancia cobró en la teoría constitucional a partir del siglo XX tanto en el ámbito de cuál es la necesidad del control constitucional así como de quién debe ser el órgano o individuo que debe realizar el control constitucional y acerca de si es antidemocrático que órganos como los tribunales constitucionales u otros órganos colegiados compuestos por una minoría sean capaces de anular las leyes de un parlamento democráticamente electo.

Respecto de quien debe realizar el control constitucional, Kelsen en la garantía jurisdiccional de la Constitución se inclina por un órgano colegiado con uso de la jurisdicción constitucional y argumenta que el parlamento no es el órgano indicado para realizar el control constitucional pues no se le puede otorgar dicha facultad al mismo órgano que ha realizado los actos irregulares ya que sería juez y parte al mismo tiempo, además, el parlamento debe estar subordinado a la Constitución y este que no puede encargarse vigilarse así mismo. Ante la objeción respecto de que al encargar esta función a un tribunal se opondría a la división de poderes, Kelsen menciona que a pesar de que exista una invasión a la esfera de la actividad legislativa esta invasión se difumina de acuerdo las características y funciones especializadas del órgano que lo lleva a cabo. Kelsen problematiza así los argumentos contrarios a su postura:

[...] si se considera que el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales no ejerce, propiamente, una verdadera función jurisdiccional, aún reciba ---por la independencia de sus miembros---- la organización de tribunal. Por más que pueda distinguirse, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa consiste, ante todo, en que ésta crea normas jurídicas generales, en tanto que la otra, no crea sino normas individuales.

Ahora bien, anular una ley equivale a establecer una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo. Podría, por tanto, interpretarse la anulación por un tribunal ya

sea, como una repartición del Poder Legislativo entre dos órganos, o bien, como una invasión al Poder Legislativo.<sup>244</sup>

Para justificar el control constitucional puede sintetizarse el pensamiento de Kelsen en las siguientes premisas:

- I) La creación y aplicación de leyes no son funciones estatales coordinadas sino etapas jerarquizadas en el proceso de creación del derecho, debido a que en la Constitución se establecen las reglas de producción normativa obligatorias en este procedimiento.
- II) La producción normativa es un acto de aplicación de la Constitución
- III) Ante esto debe de salvaguardar la Constitución garantizando la constitucionalidad de las leyes.
- IV) De no ser así, la actividad legislativa podría violar los límites constitucionales.<sup>245</sup>

Kelsen entiende en términos jurídicos que de no haber un instrumento que anule actos contrarios a la Constitución si bien esta puede mantener su sentido jurídico, se convertiría en un documento que se reduciría solamente a contener buenas intenciones ya que dejaría de ser estrictamente obligatoria en sentido técnico ya al existir actos y leyes inconstitucionales, si no existe el medio de coacción para asegurar su cumplimiento se perderían los propios fines de su creación.

En términos políticos considera a la jurisdicción constitucional un instrumento importante y condición necesaria para la confección de la democracia en una república apelando al argumento elitista de Hamilton y Marshall en el que la jurisdicción constitucional es un medio de protección de la minoría contra las invasiones de la mayoría, ya que afirma que las democracias mayoritarias solo son soportables cuando se ejercen de manera regular con la Constitución.<sup>246</sup> A este

---

<sup>244</sup> *Ibidem*, pp. 53-54.

<sup>245</sup> Salazar Ugarte, *op. cit.*, p. 165.

<sup>246</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, pp. 95-99.

argumento que ya tenía una tradición que había instaurado el control constitucional en los Estados Unidos de América, Kelsen le añade una la justificación técnica de la necesidad del control constitucional para evitar la existencia de normas contrarias dentro de esta ya que toda norma vigente se considerará válida si es válida y el fundamento de validez reside en una norma superior. Luego entonces, si no existe el control de constitucionalidad, una ley contraria a la Constitución seguirá siendo válida, y es en la Constitución donde se encuentra el fundamento de su validez. Esto significa que la Constitución prescribiría al legislador la adopción de una ley con determinado contenido, y al mismo tiempo a una ley de contenido contrario.<sup>247</sup>

La principal tesis de Kelsen en esta obra es de carácter prescriptiva ya que busca justificar lo que “debe ser”, sin embargo esto no cae en contradicción con la “Teoría pura del derecho” que puede ser considerada su más grande obra ya que a pesar de que esta es un trabajo puramente descriptivo, los juicios de valor que pueda hacer en *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, no buscan estar sujetos al mismo rigor metodológico equivalente a un trabajo científico como el que es desarrollado en la Teoría pura del derecho.

La aportación, de Kelsen en términos generales es el diseño del control constitucional como regla técnica (regla que indican los medios necesarios para consecución de un fin determinado)<sup>248</sup> en defensa de un régimen de gobierno democrático y en concreto esta regla es la institución del control constitucional a la que diseña con los caracteres de jurisdicción constitucional y control concentrado.<sup>249</sup>

De estas características se delinearon las particularidades más importantes de los primeros tribunales constitucionales en Europa a principios del siglo XX, siendo estas el control concentrado en que un tribunal especializado como guardián de la Constitución tiene el monopolio en el pronunciamiento de la constitucionalidad de las leyes, la declaración de nulidad *erga omnes* en el que una ley declarada inconstitucional es expulsada del sistema jurídico y que a diferencia del sistema de

---

<sup>247</sup> Troper, Michel, “Kelsen y el control de constitucionalidad” en *Ensayos de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2008, pp. 210.

<sup>248</sup> García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 2014, p. 10.

<sup>249</sup> Troper, Michel, *op. cit.*, pp. 207-209.

Estados donde la ley solo deja de aplicarse en el caso concreto limando la fuerza moral de la ley en el control Kelseniano la declaración de inconstitucionalidad tendrá efectos generales creándose en potencia el control de constitucionalidad abstracto.<sup>250</sup> El control abstracto que surge elimina al proceso como requisito para la actividad del control constitucional abrió la ventana a procedimientos en los que una ley que todavía no se ha aplicado se expulse del sistema sin que exista un interés directo por quién inicia la acción ante el tribunal, como lo puede ser hoy en día la acción de inconstitucionalidad en México.

### **2.2.2 El tribunal Constitucional en la Constitución Austriaca de 1920**

El tribunal constitucional de la Constitución de la República Federal Austriaca (*Oktoberverfassung*) de primero de octubre de 1920 a pesar de haber entrado unos meses después en vigor que el tribunal constitucional de Checoslovaquia es considerado la primera experiencia del modelo de control constitucional de Hans Kelsen, innovando como guardián de la Constitución *ad hoc* a proteger la esfera competencial del *Bund* y los *Länder* a través del control concentrado y la declaración de nulidad *erga omnes*.

Este tribunal (*Verfassungsgerichtshof*) se convirtió en el primero en adquirir el papel de “legislador negativo” que a diferencia del sistema norteamericano en el que la *judicial review* es sustentada en otorgar supremacía al Poder Judicial sobre los otros poderes como acto de confianza a los jueces, surge en respuesta contraria en desconfianza a estos buscando restablecer tanto la seguridad jurídica como la supremacía del parlamento. Si bien el tribunal se encarga de anular actos y leyes realizados por este que sean contrarios a la Constitución, el control concentrado otorga a un único tribunal especializado una actividad con amplias implicaciones

---

<sup>250</sup> Astudillo, César, “Los sistemas de justicia constitucional. Un esbozo” en *Ensayos de justicia constitucional en cuatro Estados de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones, Jurídicas, 2004, p. 29.

políticas y sociales que pudiera ser llevado en el control difuso por jueces como elite bien autoritaria o ajena a la especialización del derecho constitucional.<sup>251</sup>

La integración del tribunal se conformaba por dieciséis miembros elegidos de por vida con cuatro suplentes, donde ocho eran elegidos por la cámara representativa de la población (Consejo Nacional) y los otros ocho por la cámara representativa de las autonomías (Consejo Federal). Este mecanismo de elección buscaba que los miembros del tribunal fueran neutrales debido al sistema de pesos y contrapesos kelseniano donde el tribunal fungía como vigilante del parlamento.<sup>252</sup>

La competencia del tribunal este fue concebida con la facultad de juzgar la constitucionalidad de las leyes, reglamentos y violación a derechos individuales a través del recurso de reclamación o queja constitucional. Posteriormente en el transcurso de los años el tribunal fue adquiriendo facultades como lo es la inconstitucionalidad o ilegalidad de los tratados internacionales e infracciones al derecho internacional, acciones electorales de control del procedimiento electoral. El tribunal también tiene facultad revisar la responsabilidad constitucional y penal de altos funcionarios públicos.<sup>253</sup>

En relación con la legitimación activa esta facultaba al gobierno federal y a los gobiernos locales al ejercicio de la acción ante el tribunal sin que tuvieran un interés o afectación directa por el acto irregular, incluso el propio tribunal *motu proprio* podía realizar un incidente de inconstitucionalidad en el caso de encontrarse con leyes irregulares que fueran el presupuesto de su pronunciamiento principal.

Puede destacarse del tribunal austriaco ser el ejemplo paradigmático de los primeros tribunales constitucionales en Europa surgidos después de la primera guerra mundial, siendo sus notas principales el control abstracto y la resolución

---

<sup>251</sup> Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 23.

<sup>252</sup> Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, p. 40.

<sup>253</sup> Palomino Manchego, Jorge F., "El Tribunal Constitucional de Austria y su influjo en los ordenamientos iberoamericanos (los primeros pasos)" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro iberoamericano y VII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 649-660.

especializada de conflictos entre órganos del Estado por cuestiones competenciales. Es a partir de aquí que en Europa el papel del juez comienza a transformarse ya que, aunque la legislatura ordinaria sigue encuadrada en el papel del juez ejecutor con creatividad jurisprudencial baja y autonomía política baja, es a partir de la primera posguerra y con este tribunal que inicia el surgimiento del papel de “juez guardián” caracterizado por creatividad jurisprudencial baja, pero autonomía política alta y que había iniciado a partir de la *judicial review* de origen norteamericano.<sup>254</sup>

### **2.2.3 Los tribunales constitucionales de la segunda posguerra**

Una vez terminada la segunda guerra mundial es cuando la justicia constitucional entra en un periodo de auge, donde su aplicación es posible a través del derrocamiento de los principales gobiernos totalitaristas. A partir de este suceso países como Italia y Alemania iniciaron nuevos procesos en el diseño del control constitucional influenciados en la Constitución de E.U.A y configuraron sus tribunales constitucionales en una jurisdicción especializada y no tanto como un legislador negativo. La expansión de la justicia constitucional en este periodo ha traído como causas la hibridación entre el sistema europeo-kelseniano y el norteamericano con modelos que manifiestan características de ambos.

El auge de la justicia constitucional se explica no solamente por el hecho de la desaparición de gobiernos totalitaristas como fueron los de Italia y Alemania, sino debido a la necesidad de construir las instituciones estatales necesarias para el control del poder y evitar que nuevamente surgieran regímenes de ese tipo.

Uno de los primeros tribunales constitucionales que surgieron en este periodo fue la Corte Constitucional italiana regulada jurídicamente por primera vez en la Constitución Italiana de 1947. Sus funciones consisten en “juzgar las competencias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza ley del

---

<sup>254</sup> Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patricia, *op cit.*, p. 69.

Estado y de las Regiones, conocer de los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado, así como lo que se producen entre el Estado y las Regiones.<sup>255</sup>

La Corte Constitucional trabaja tanto en vía principal o de acción o en vía incidental. La primera de estas ocurre cuando la Corte ejerce sus funciones principales donde este es el tribunal que tiene la competencia originaria para otorgar una resolución. Sin embargo, la Corte también trabaja en vía incidental cuando colabora con los jueces de jurisdicción ordinaria cuando al resolver el procedimiento de cuestión de inconstitucionalidad. A través de esta vía cuando un juez de jurisdicción ordinaria considere que la norma aplicable para resolver un caso sea inconstitucional solicitará el pronunciamiento de la Corte respecto de la constitucionalidad de la norma, por lo que a través de este pronunciamiento es otro mecanismo de control concreto, por último, hay que mencionar que también tiene facultades en el ámbito electoral para realizar control de constitucionalidad relativo a los partidos políticos.<sup>256</sup>

Otro caso relevante para el estudio de los tribunales constitucionales de la posguerra es el Tribunal Constitucional Alemán (*Bundesverfassungsgericht*). Este tribunal está compuesto por dieciséis jueces, de los cuales ocho los elige el Bundestag y los otros ocho el Bundesrat. De estos ocho al menos tres deben haber sido magistrado en los tribunales federales superiores. Su cargo tiene una duración de doce años sin posibilidad de reelección.<sup>257</sup> La competencia de este tribunal de acuerdo con César Astudillo tiene un espectro de control más grande que el italiano pues:

Los mecanismos creados por la ley fundamental de Bonn amplían considerablemente la noción de control debido a que prevé el control abstracto de la constitucionalidad mediante el recurso directo de inconstitucionalidad, el control concreto mediante la cuestión de inconstitucionalidad, el control sobre la división territorial del poder entre el Estado y los *Länder* o éstos entre sí, y el control funcional basado en los alcances de los derechos y obligaciones

---

<sup>255</sup> Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, p. 46.

<sup>256</sup> Astudillo, César, *op. cit.*, p. 39.

<sup>257</sup> Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, p. 50.

de un órgano constitucional federal en relación con otro al cual la ley fundamental haya dotado de derechos propios.<sup>258</sup>

Además de estas facultades ordinarias, el tribunal tiene facultades extraordinarias relativas a las acusaciones contra el presidente o contra jueces, y facultades relativas a suprimir partidos políticos cuando estos atenten contra la democracia y el sistema federal.<sup>259</sup>

Los tribunales constitucionales de la posguerra representaron un acercamiento con el sistema americano incorporando mecanismos de control concreto y de esta manera creando sistemas híbridos con una estructura que guarda similitud al diseño Kelseniano pero incorporando mecanismos de control concreto para ampliar su espectro de protección.

#### **2.2.4 El Comité Constitucional de la V república francesa**

Fundado el cuatro de octubre de 1958, el Comité Constitucional o Consejo Constitucional de la V república francesa representa un caso *sui generis* dentro las instituciones de control constitucional y de los tribunales constitucionales surgidos en la posguerra debido a las particularidades de este principalmente por estar diseñada a manera del sistema europeo-kelseniano con facultades exclusivas, pero siendo un órgano de control político ya que su creación no pretendía que esta institución fuera un tribunal constitucional con su respectiva jurisdicción constitucional sino un árbitro entre el parlamento y el ejecutivo que funcionara como contrapeso netamente político especialmente respecto del primero.

Lo anterior puede apreciarse tanto en la legitimación activa como en la materia de competencia que el Comité tuvo en sus inicios ya que en el primer aspecto solamente el presidente de la República, los de las dos Cámaras y el primer ministro podían iniciar la actividad del comité,<sup>260</sup> en tanto que la competencia del

---

<sup>258</sup> Astudillo, César, *op. cit.*, p. 40.

<sup>259</sup> *Idem.*

<sup>260</sup> Carpentier, Elise, "El estatuto del Consejo Constitucional Francés" en Fix – Zamudio, Héctor y Astudillo, César (coords.), *Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa: libro*



comité consistía en el control de procesos en materia electoral y en materia constitucional al control preventivo de leyes orgánicas, reglamentos de las Cámaras y tratados y compromisos internacionales, dejando afuera la protección de derechos fundamentales y por lo tanto pronunciándose solamente en cuestiones de técnica jurídica.<sup>261</sup>

Posteriormente el estatuto del comité se fue acercando a modelos ordinarios dentro de la justicia constitucional europea sin dejar de tener el carácter de órgano político. En 1971 se integró un bloque de constitucionalidad que integró los derechos fundamentales al escrutinio del Comité, siendo la decisión 71-44DC *Liberté d'association* dictada el 16 de julio de ese año donde se invalidaron disposiciones legales que contravenían principios de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1798. Por otra parte el Comité siempre fue un ejemplo del modelo Kelseniano de control abstracto y por vía de acción, vedando el acceso a individuos y teniendo el monopolio de la justicias constitucional, sin embargo en 2008 se añadió la cuestión de inconstitucionalidad en sus atribuciones, dicho mecanismo instauró el control concreto en el sistema francés y se aplica como procedimiento accidental de proceso en curso cuando una de las normas aplicables al caso viola los derechos individuales la parte interesada.<sup>262</sup>

En cuanto a la integración del comité este se integra por dos tipos de miembros, los miembros designados y los miembros de pleno derecho. Los miembros designados son nueve a través de juramento ante el presidente de la república, en el que se comprometen a ejercer su cargo con apego la Constitución, a la imparcialidad y sin mostrar sesgos de interés político. Tres miembros son propuestos por el presidente de la república, tres por el presidente del senado y tres por el presidente de la Asamblea Nacional. La duración del cargo de los miembros designados es de nueve años improrrogables e inamovibles, siendo que el Comité renueva un tercio de sus miembros cada tres años. Uno de los miembros

---

*en homenaje al doctor Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 756.

<sup>261</sup> Hurtado Martínez, Juan Antonio, "La evolución del sistema francés como modelo de control de constitucionalidad de las leyes", *Revista de Derecho UNED*, España, Núm. 10, 2012, p. 716.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p.726.

designados por el presidente de la república será el presidente del comité quién tiene atribuciones especiales al tener voto de calidad en el caso de resoluciones que estén empatadas en la votación, además se encarga de convocar las sesiones del consejo, y presentar el orden del día de las sesiones. Los miembros de pleno derecho son aquellos ex presidentes de la república que una vez terminado su mandato pasan a formar parte del consejo de manera vitalicia y por mandato de ley mientras sea su voluntad pertenecer al consejo y que sus actividades no estén vinculadas directamente con ninguna facción política. Por último habría que mencionar que los miembros del consejo no tienen ninguna clase de fuero por lo que podrán ser sujetos de responsabilidad penal o civil como cualquier otro ciudadano.<sup>263</sup>

En cuanto al funcionamiento del comité, este únicamente trabaja en sesiones plenarios con quórum de siete miembros, las resoluciones que otorgan son irrecurribles y basta con una mayoría simple para que sean validadas. Por otra parte, los miembros del consejo tienen libertad de opinión, sin embargo, sus actividades fuera del consejo no podrán estar asociadas con ningún partido ni agrupación política además de emitir algún comunicado o actitud en la que pueda presumirse algún tipo de parcialidad o favoritismo político.<sup>264</sup>

Poder categorizar el papel judicial del comité francés dentro de la tipología proporcionada por Guarnieri y Pederzoli es complicado debido a la naturaleza política que entraña, pero con un diseño institucional que termina siendo ecléctico entre el juez guardián y el juez político. Podemos mencionar que el modelo de control constitucional en el que se inspira es el europeo-kelseniano, siendo a lo largo de su historia un tribunal que ha ejercido en primacía el control concentrado abstracto y que a través de paulatinas reformas fue tomando las atribuciones del control concreto, sin embargo, este modelo de inspiración no corresponde a sus atribuciones políticas ya que desde su concepción no se instituyó con jurisdicción constitucional sino era un órgano político. Si bien el modelo de control europeo lo

---

<sup>263</sup> Carpentier, Elise, *op. cit.*, pp. 761-781.

<sup>264</sup> *Idem.*

acercarían al modelo de juez guardián en el que su autonomía política es alta y su creatividad jurisprudencial es baja, el hecho de que sus miembros prácticamente no tengan limitaciones para ser designados lo que implica que no haya necesidad de que sean doctos en derecho ni que estén restringidos por la ley de la misma manera como jueces de cuestiones de legalidad hace que su nombramiento obedezca a cuestiones estrictamente políticas, si a esto se le suma la presencia en el consejo de los expresidentes de la república el papel de este consejo podría claramente encuadrarse como jueces políticos.

### **2.2.5 El Poder Judicial como agente de transformación social y su papel en la democracia**

La democracia es un concepto que fue desarrollado desde la antigüedad como una forma de gobierno cuya nota esencial que hasta el día hoy se mantiene refiere a que la toma de decisiones políticas dentro de un gobierno son llevadas por el pueblo. Este concepto ha recibido diferentes apreciaciones y justificaciones para su implementación a través de la historia y ha evolucionado agregando matices a su construcción, siendo la ciencia y filosofía política las disciplinas que se han encargado de esto. En este punto habrá que afirmar que la concepción de democracia que se utilizará en este medio para vincularse con el Poder Judicial será la democracia procedimental y los valores intrínsecos que esta conlleva que Adam Swift describe en su obra *“¿Qué es y para qué sirve la filosofía política?”*.

La democracia procedimental debe entenderse como un instrumento a través del cual se propician procedimientos con la mejor toma de decisiones políticas en una comunidad en busca de determinar que la forma de estas se apegué a valores intrínsecos, pero conceptualmente independientes de la democracia, siendo estos valores la libertad como autonomía, la autorrealización personal y la igualdad.<sup>265</sup> Esta versión de democracia procedimental a su vez es compatible con la definición que Norberto Bobbio otorga en su obra *“El futuro de la democracia”* (1984) en donde

---

<sup>265</sup> Swift, Adam, *¿Qué es y para qué sirve la filosofía política?. Guía para estudiantes y políticos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016, pp. 249-267.

la describe como un conjunto de reglas que establecen quienes en una comunidad se encuentran facultados para la toma de decisiones colectivas y bajo procedimientos específicos, siendo la nota característica de la democracia que el número de individuos facultados con el poder de tomar o colaborar con estas decisiones es una proporción amplia de la sociedad y entre más grande sea esta proporción más democrático puede decirse que lo es un gobierno.<sup>266</sup>

La libertad como autonomía, la autorrealización personal, y la igualdad son valores que por supuesto no limitan la protección de otros como pueden ser aquellos tutelados por los derechos humanos que el Constitucionalismo moderno busca resguardar, sin embargo, estos tres valores intrínsecos son requeridos por la democracia misma como procedimiento ya que es necesario un método mayoritario que exige la libertad como autonomía y no interferencia en las decisiones individuales e igualdad entre los participantes para que el mismo procedimiento se conforme con opiniones del mismo peso político y donde todos tengan la misma posibilidad de ser parte de él. De tal forma que un sistema democrático no será identificado necesariamente como una sociedad justa, sino que requiere solo la protección de aquellos valores que otorguen a la sociedad las condiciones para que sus decisiones sean las mejores en la búsqueda de la justicia y el bien común.

La democracia procedimental se opone a la concepción de democracia sustancial, esta última consiste, de acuerdo con Juan Carlos Bayón en:

[...] no meramente un procedimiento de decisión (cuyo valor estaría sujeto a la satisfacción de unas condiciones mínimas), sino un sistema político completo que en su estructura, composición y prácticas trata a todos los miembros de la comunidad con igual consideración y respeto, que responde a los intereses y opiniones de todos de manera imparcial, o que asegura a todos un igual derecho efectivo a usar y desarrollar sus capacidades como seres humanos.<sup>267</sup>

---

<sup>266</sup> Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018, p. 24.

<sup>267</sup> Bayón, Juan Carlos, "Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo" en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 300.

Esta versión de la democracia requiere que tanto formas como fondo en las decisiones e instituciones políticas tanto en lo que se puede como lo que no puede decidirse o ponerse en una mesa de debate. Esto significa que la democracia sustancial conllevaría a que una sociedad democrática fuera como tal justa, comportándose la democracia en un pozo sin fondo conceptual que requiere integrar en ella todos los valores considerados en una sociedad justa así como su implementación y ponderación de cada uno sobre los demás, lo cual termina por nublar y confundir la propia concepción de democracia.<sup>268</sup> Es por ello por lo que para señalar las relaciones entre esta y el Poder Judicial preferimos la concepción procedimental.

Existe además una relación estrecha entre la democracia y la división de poderes y por lo tanto entre la primera y el Poder Judicial cómo institución cuya función en la adjudicación del derecho tiene un impacto político relevante en el sistema político que se manifiesta desde la interpretación y el reflejo de su proyecto vital en la decisión hasta el control constitucional y la expulsión del sistema jurídico a leyes que sean contrarias a la Constitución.

La teoría de Hans Kelsen en su obra "*Teoría general del del derecho y del Estado*" (1949) se convierte en un punto de contacto entre democracia, división de poderes y Poder Judicial. Por una parte, para Kelsen el concepto de separación de poderes semánticamente no es el más adecuado debido a que las funciones fundamentales del Estado no son tres, sino dos: la creación y la aplicación del derecho, de tal forma estas funciones están distribuidas y no separadas siendo que cada poder puede tener funciones de creación y aplicación del derecho o funciones materialmente diferentes a la de su naturaleza, como pueden ser por ejemplo el juicio político (función materialmente judicial pero formalmente legislativa) o la creación de reglamentos (función materialmente legislativa pero formalmente ejecutiva).<sup>269</sup>

---

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 302.

<sup>269</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 2018, pp. 318-325.

Según Kelsen , el concepto de democracia se identifica con la noción de que todo poder debe concentrarse en el pueblo y en el caso de la democracia indirecta o representativa el poder es ejercido por un órgano colegiado cuyos integrantes fueron electos por el pueblo y son jurídicamente responsables ante este, de tal manera que la democracia requiere según Kelsen que los órganos ejecutivos y judiciales tengan mecanismos de para ser controlados por el Poder Legislativo ya que este último representa la voluntad de quienes los eligieron. Las constituciones que establezcan separación de atribuciones no necesariamente se justificaran por razones democráticas sino realmente por cuestiones históricas.<sup>270</sup>

Lo anterior se justifica a su vez por su propia noción de democracia y autocracia que Kelsen aporta. El primero de estos conceptos tiende a mantener una relación estrecha con la libertad política y esta libertad solo es posible si el ordenamiento jurídico al que un individuo se encuentra sujeto es producto de su propia creación, de ahí que la voluntad general sea un concepto indisoluble con la democracia. La autocracia por otra parte se configura a partir de la exclusión de participación en la creación del orden jurídico sobre los propios individuos que están sujetos a este orden. Sin embargo, Kelsen menciona que estas descripciones son ideales y que la autocracia y democracia se pueden medir en escalas de grises.<sup>271</sup>

Ahora, ¿en qué aspectos puede contribuir el Poder Judicial a la conformación de un sistema político donde sus decisiones y actividad en la división de poderes promueva la participación de la ciudadanía en sus propias reglas (libertad como autonomía) y a su vez intervenga en la transformación hacia una sociedad igualitaria para que sus integrantes tengan el mismo peso político en ella (autorrealización personal e igualdad)? Dos ejemplos de este tipo pueden encontrarse en la historia de E.U.A donde el Poder Judicial tiene un poder político que a nivel comparado ha sobresalido por encima de otras naciones, uno de estos se haya en el periodo histórico de E.U.A como nación incipiente en vías de su consolidación y el otro ya

---

<sup>270</sup> *Ibidem*, p. 335.

<sup>271</sup> *Ibidem*, p. 337.

como nación consolidada y en la lucha por los derechos de las minorías de piel negra.

El primero de los casos es el litigio *Cherokee Nation Vs. Georgia* que aborda las tensiones del centralismo y el federalismo como ideología manifestada en una forma de Estado donde las partes integrantes requieren tanto la igualdad entre sí como autonomía en su autorrealización, siendo el federalismo la búsqueda de la organización del poder en un sistema de distribución de competencias que otorgue a cada Estado parte tanto autonomía para mantener su identidad social como el componente pragmático que en razón de su propia subsistencia busque unirse con otros Estados con los que tiene rasgos en común. El segundo caso plantado es el bien conocido *Brown Vs. Board of Education* en el que se planteó la inconstitucionalidad de las leyes que instituían la segregación racial en las escuelas públicas a mediados del siglo XX en este país, con lo cual se puede afirmar que la resolución impactó directamente cuestiones relativas a la igualdad política y autorrealización personal entre una minoría social lo cual amplió la proporción anteriormente mencionada sobre la toma y colaboración de decisiones políticas al otorgarle a esta minoría las mismas condiciones educativas.

El caso de *Cherokee Nation Vs. Georgia* es un ejemplo en el cual se refleja la escasa implementación de los derechos individuales que la propia Constitución de E.U.A contenía en sus enmiendas y en parte además porque los cherokees siendo una tribu originaria no eran considerados ciudadanos de ese país. Sin embargo, a pesar de esto representa un triunfo muy interesante para el Poder Judicial pues a partir aquí, así como en *Marbury Vs Madison*, suma atribuciones a su favor y también al desarrollo de un Estado de derecho. ¿Qué es lo que hace que las decisiones del Poder Judicial con facultades de coacción limitadas se cumplan? ¿Cuáles son las herramientas que llevan al cumplimiento de las decisiones políticas de la Corte cuando existen tensiones políticas? El caso de *Cherokee Nation Vs Georgia*, así como el derivado de este, *Worcester Vs Georgia* es un ejemplo histórico que ayudo a responder estas preguntas.

El ministro que presidía la Suprema Corte de Justicia de E.U.A era el mismo John Marshall que había resuelto años antes *Marbury Vs Madison* y a pesar de que el fallo de esta sentencia no favoreció a los pueblos originarios, si terminó por fortalecer el sistema federal de E.E.UU.

Durante los inicios del siglo XIX E.U.A no era la nación consolidada que existe hoy en día, una gran parte del territorio que hoy ocupa estaba deshabitada, no existían los 50 Estado que hoy la componen, por lo que existían territorios que se consideraban naciones independientes y que eran habitadas por sus pueblos originarios, entre ellas la nación cherokee que colindaba con Georgia.

Durante este siglo el Estado de Georgia había tratado de convencer a los presidentes James Madison, John Adams y Andrew Jackson de expulsar a estos pueblos a territorios más alejados para explotar estas tierras, sin embargo, hasta que Jackson fue presidente, la nación cherokee había llegado a una tregua con Georgia y con el gobierno federal. En 1929 se descubrieron yacimientos de oro en el territorio cherokee, por lo que pobladores de Georgia invadieron parcialmente este territorio rompiendo con la tregua existente. Hasta ese momento existían tropas federales en el territorio cherokee que vigilaban el cumplimiento de este pacto, sin embargo, Jackson ordeno su retiro, por otra parte, el Congreso de la Unión expidió una ley de expulsión que ordenaba a los pueblos originarios abandonar el territorio.

Para defender a este pueblo originario William Wirt, abogado constitucionalista, acudió directamente a la Suprema Corte pues temía que si acudía a tribunales locales estos cometieran dilaciones dolosas que consumaran la invasión al territorio y la expulsión de este pueblo. Ante la Suprema Corte argumentó que esta tenía la competencia originaria debido a las partes en el proceso ya que una era un Estado de la Federación y la otra era considerada una nación independiente agregando además la necesidad de respetar los tratados internacionales que los cherokees tenían con E.U.A para regular su convivencia, Georgia y el gobierno federal tenían la obligación de respetarlos.<sup>272</sup>

---

<sup>272</sup> Breyer, Stephen, *op. cit.*, pp. 64-68.



Ante esta demanda la Corte abrió el caso *Cherokee Nation Vs Georgia*, sin embargo, el caso fue desechado por criterios formales al argumentar que la Corte era competente de forma originaria cuando las partes fueran Estados parte de la Unión, un ciudadano de un Estado contra otro ciudadano de un estado extranjero. En este caso la nación cherokee no encuadraba en ninguno pues era considerada una nación independiente dentro de la nación.

Posteriormente Wirt representó a Samuel A. Worcester quien era un misionero que radicaba en los límites del Georgia y que fue encarcelado con pena de cuatro años de trabajos forzados, pues existía una ley local que obligaba a los habitantes de los territorios colindantes con Georgia a jurar sometimiento a su ley estatal, Worcester sin embargo en lugar de enviar a las autoridades su juramento les envió unos canticos religiosos. Wirt sabía que Georgia estaba aplicando sus leyes penales en un ámbito territorial del cual no tenía dicha facultad, por lo cual se contradecía el principio de supremacía constitucional. Ante esta hipótesis la Corte sí tenía la competencia originaria y por lo tanto *Worcester Vs. Georgia* fue admitida.

Con una votación de 5 votos contra 1 la Corte concluyó ordenar la liberación de Worcester en razón de que además de ser competente para resolver el caso tenía la razón de fondo, puesto que el trato de E.U.A hacia los cherokees los denominaba como naciones que podían mantener relaciones de paz y guerra sin la prohibición de su independencia, siendo comunidades políticas diferenciadas con pleno derecho dentro de sus territorios, por lo que ningún Estado de la Unión podía invadir estos territorios ni aplicar sus leyes allí. Esto confirmaría que sí la Corte no hubiera desechado de forma *Cherokke Nation Vs Georgia*, habría tenido la obligación de fallar a favor de los pueblos originarios. A pesar de tener el mandato de liberación de Worcester, el juzgado local competente se negó a emitirla, además de esto se iniciaron tensiones políticas entre la Suprema Corte y el gobernador de Georgia, quien consideraba que la resolución de la Corte era una usurpación federal y que la combatiría iniciando resistencia política.

Andrew Jackson tampoco colaboró para ejecutar la sentencia de la Corte, en esta época si bien la Corte se había adjudicado través de *Marbury Vs. Madison* la

facultad de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, tanto Jackson como el Congreso también creían tener la potestad para tomar ese tipo de decisiones, por lo que a Jackson se le atribuye la frase: “Bueno, Marshal tomó su decisión, dejemos que él la ejecute”. Este tipo de situación era clara que iba traer el detrimento del sistema y la ley federal ya que otorgaba tácitamente a que las legislaturas locales pudieran expandir el ámbito territorial de la aplicación de sus leyes y consecuentemente el cumplimiento optativo de las leyes federales.<sup>273</sup>

Lo anterior no tardó en ocurrir cuando el Estado de Carolina del sur emitió un decreto de nulidad que la exentaba del pago de impuestos federales y la prohibición de apelar ante la Suprema Corte. Estos sucesos le hicieron ver a Jackson ante el riesgo político que se encontraba de no ejecutar la sentencia de *Worcester Vs Georgia*, pues cualquier Estado ante discrepancias políticas con leyes federales podrían no someterse a estas y nulificarlas poniendo en riesgo a la nación entera. Ante esto Jackson promulgó la ley de Uso de Fuerza a través de la cual el ejecutivo obtenía la facultad para usar el ejército federal como medio de coacción para el cumplimiento de las leyes federales, por lo anterior el decreto de nulidad de Carolina del Sur se vino abajo.

Después de esto la Corte emitió de nuevo la resolución de *Worcester Vs Georgia* y ante la amenaza de coacción el gobernador de Georgia otorgó el indulto a Worcester. A pesar de ello el pueblo cherokee fue despojado de sus tierras y forzados a emigrar pues no existía sentencia que los protegiera y quien resultó ganador fue Jackson pues mantuvo el orden federal y además logró la expulsión de estos, el mismo enviando las tropas hacía el territorio cherokee.<sup>274</sup>

Este caso tiene una trascendencia enorme, si bien nos muestra lo que se consideraría un retraso en derechos humanos debido a la época en cuanto a que los intereses políticos y económicos que se imponen sobre estos, este caso representa un avance para el constitucionalismo y para el sistema federal pues se establece que los casos iguales deben de tratarse de la misma forma. Lo anterior

---

<sup>273</sup> *Ibidem*, pp. 69-76.

<sup>274</sup> *Idem*.

equiparando lo sucedido con Worcester y su análogo de Carolina del Sur. Además de esto ayudo a consolidar el papel de la Corte en su interpretación de la Constitución pues el Poder Ejecutivo quedó obligado a ejecutar su cumplimiento aún en contra de su voluntad.

En cuanto a *Brown Vs. Board of Education* y la intervención militar de Little Rock derivada de la sentencia, es uno de los casos en que se muestra la importancia y necesidad de una división de poderes no tajante ni absoluta sino coordinada en donde cada uno de los detentadores del poder coadyuve con el desarrollo democrático de una nación. En este sentido de acuerdo con el aspecto teleológico de los Estados contemporáneos es importante que ajusten el funcionamiento de sus instituciones políticas y jurídicas al alcance de metas que pugnen por la salvaguarda de los derechos fundamentales y los derechos humanos.

La sentencia del caso *Brown Vs Board of Education* representó un triunfo enorme no solo para las minorías raciales en E.U.A sino también para el Poder Judicial que logró afianzarse como una autoridad con legitimidad política tan válida como la del ejecutivo y la del legislativo, además de ser respaldada por estos dos, con lo cual se vio reforzada la división de poderes estadounidense. Por otra parte, la sentencia de *Brown Vs Board of Education* se da en una coyuntura social muy peculiar ya que es emitida en 1954, cuando simultáneamente Martin Luther King y Rosa Parks realizaron activismo social clave en la lucha por los derechos civiles de la raza negra en E.U.A. No es posible negar que el papel de la Corte fuera determinante en la transformación social de este país.<sup>275</sup>

Durante de su historia la raza negra en E.U.A ha sido sujeto de discriminación y segregación social, así como desigualdad en las oportunidades de desarrollo de vida, es hasta el siglo pasado cuando se han dado las transformaciones más relevantes en cuanto a igualdad. La educación no era una excepción en cuanto a diferencia de trato por lo que hasta antes de la mencionada sentencia los estudiantes de raza negra eran colocados en escuelas diferentes a los de raza blanca, como es de esperarse las instalaciones de las escuelas de los estudiantes

---

<sup>275</sup> *Ibidem*, pp. 99-105.

negros como el nivel educativo que se impartía era mucho menor al impartido en las escuelas para blancos, esto significaba una reducción en los alcances aspiracionales para una mayor calidad de vida de este grupo minoritario y menores oportunidades para que esta minoría se colocará como un actor político importante en las decisiones políticas del país.

Para obtener la sentencia de *Brown Vs Board of Education* básicamente el tribunal tuvo que resolver la cuestión de sí el alegato segregador “separados pero iguales” contravenía la cláusula de protección igualitaria contenida en la 14va enmienda de la Constitución estadounidense. Debido a las condiciones materiales notoriamente desiguales la Corte resolvió que no existían intensiones mantener a estos grupos minoritarios bajo las mismas condiciones legales y que por el contrario la separación de escuelas fomentaba la desigualdad al trato de estos grupos. Luego de ello la Corte concluyó la inconstitucionalidad de la segregación escolar puesto que su razonamiento versó adicionalmente en que separar a unos niños de otros con edades y calificaciones similares solamente debido a su raza genera un sentimiento de inferioridad respecto de su estatus en la comunidad, que puede afectar sus corazones y mentes de un modo que difícilmente puede repararse.<sup>276</sup>

Para exponer con mayor detalle las características de la ejecución de la sentencia al año siguiente de su emisión, en 1955, la Corte emitió la resolución de *Brown II* en la que se ordenaba a las juntas escolares la pronta integración de los grupos minoritarios a las escuelas públicas y para ello requería informes periódicos del proceso de integración para que esto sucediera a más tardar en septiembre de 1956. Además, ordeno a tribunales inferiores la vigilancia y evaluación de las juntas escolares para el cumplimiento de la integración racial en las escuelas públicas.<sup>277</sup>

Ante esta resolución el entorno político se agitó abruptamente especialmente en los estados del sur, por lo que se iniciaron en los poderes locales y en la sociedad

---

<sup>276</sup> Siegel, Reva, “El discurso de igualdad: los valores de antisubordinación y anticlasificación en las luchas constitucionales en torno al caso “Brown””, en Post, Robert, y Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, p.180.

<sup>277</sup> Breyer, Stephen, *op. cit.*, pp. 99-105.

en general movimientos de resistencia en contra de la integración racial. En el Congreso los estados sureños firmaron un documento llamado “Manifiesto Sureño” que declaraba inconstitucional la resolución de la Corte, así como denominarla de ilegítima y de superar las facultades que tenía la Corte, además de esto aumentaron casos graves de racismo e intolerancia en estos Estados. En Mississippi se presentaron casos de linchamientos injustificados en contra de personas negras, así como el arresto de Rosa Parks quien se negó a cederle el asiento a un hombre blanco en un autobús. En última instancia Eisenhower se vio obligado al uso coactivo del ejército en Little Rock para el cumplimiento de la sentencia de *Brown Vs Board of Education* y lograr la integración racial de los alumnos seleccionados ya que el día que iniciaba el curso escolar había multitudes reunidas a fuera de la preparatoria local que ponían en riesgo la integridad física de los alumnos negros que fueron integrados.

La presentación de estos dos casos demuestra como de facto el Poder Judicial puede convertirse en una institución que promueva tanto los valores intrínsecos de la democracia como manifestarse como un medio de control en oposición a un gobierno autocrático, sin embargo esto no significa que las decisiones de un tribunal no puedan conllevar efectos contrarios a este, puesto que los tribunales no son infalibles y razonan en torno a una ideología de un momento en concreto pueden cometer fallos tan controvertidos y que hoy en día se considerarían absurdos como puede ser el caso Dred Scott, en el que un esclavo en 1857 en E.U.A que cumplía todas las disposiciones legales para obtener su libertad, se le fue denegada pues no cumplía con la personalidad para representarse ante la Corte o el caso Korematsu en el que la Corte estadounidense admitió constitucionales leyes segregadoras que permitían el establecimiento de “campos de reunión” utilizados en 1942 para concentrar a toda persona cuyas características físicas pertenecieran a rasgos asiáticos pues el gobierno temía la existencia de espías de origen japonés durante la segunda guerra mundial.

Este tipo de infalibilidad ha generado controversias esencialmente en el control de constitucional y con mayor precisión en el control abstracto donde un

grupo selecto de jueces pueden expulsar una norma que a primera vista es producto del legislativo como un cuerpo colegiado que ha sido electo democráticamente por los ciudadanos, sin embargo a diferencia de estos, los jueces constitucionales ocupan su cargo por designación en la gran mayoría de los casos resultante de su pericia en derecho y sin representar como tal a la ciudadanía.

Este espacio de discusión ha traído consigo el surgimiento de teorías diálogo constitucional o teorías dialógicas dentro de las cuales existen distintas corrientes pero de acuerdo con Niembro Ortega las notas comunes entre estas versan en considerar legítima la interpretación constitucional solo cuando los destinatarios son autores racionales de las normas, cuando esta interpretación no es arbitraria ni discrecional sino están justificadas a través de la una formación discursiva de la opinión y voluntad comunes y, por último, cuando las decisiones judiciales son susceptibles a la crítica y corrección en algunos casos.<sup>278</sup>

Los puntos centrales de la controversia sobre la legitimidad democrática del Poder Judicial como último interprete de la Constitución se reducen en dos planos uno sustantivo y otro adjetivo. El primero de ellos puede considerarse el principal ya que versa en definir cuál es el contenido que los jueces asignan a los derechos y con más relevancia a los derechos fundamentales, por otra parte, en el plano adjetivo se discute cual es el papel de los otros órganos estatales como pueden ser los organismos constitucionales autónomos en la interpretación de la Constitución. Estos dos puntos conforman el objeto del diálogo en las teorías dialógicas que se realiza en posición de igualdad entre sus participantes, donde los jueces escuchan y responden las opiniones provenientes de la ciudadanía y otras instituciones estatales, para promover la deliberación sustentada en pros y contras antes de la toma de una decisión.<sup>279</sup>

Dentro de los modelos dialógicos existen diversas corrientes que divergen en sus métodos y en la concepción del rol del Poder Judicial entre las cuales se

---

<sup>278</sup> Niembro Ortega, Roberto, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 115-117.

<sup>279</sup> *Ibidem*, pp. 218-220.

encuentra el constitucionalismo popular. El constitucionalismo popular es una teoría dialógica surgida a finales del siglo pasado en la que se redefine el rol judicial en búsqueda de que el significado del derecho constitucional obtenido a través de su trabajo reivindique al pueblo y su voluntad a través de un diálogo interactivo entre el Poder Judicial, el pueblo y otras instituciones estatales. Además, esta teoría rechaza los argumentos elitistas, tanto del control constitucional como institucional del Poder Judicial, por lo que las decisiones judiciales deben reflejar la participación de los actores políticos competentes al caso.<sup>280</sup>

Para el constitucionalismo popular como menciona Niembro Ortega, la relación en el derecho y la política no es dicotómica, sino que forman una relación de mutua dependencia, donde la Constitución es el punto de contacto como norma político-jurídica en su más estricto sentido. Por lo que tratar a la Constitución en su concepción de forma meramente jurídica ha generado la percepción en la sociedad de que la interpretación de esta y por lo tanto la obtención de su significado es una cuestión técnica exclusiva de los jueces y los abogados.<sup>281</sup> El constitucionalismo popular aboga entonces por la acción política de la sociedad como proceso a través del cual se obtiene el significado de la Constitución y el derecho constitucional.

Dentro del constitucionalismo popular existen las teorías robustas que rechazan el control judicial fuerte (que los jueces tengan la última palabra en la interpretación de la Constitución) y, por otra parte, está la corriente moderada del constitucionalismo popular encabezada por la teoría del “constitucionalismo democrático” diseñada por Rober Post y Reva Siegel ambos profesores de la universidad de Yale cuya postura no elimina el control judicial fuerte. Para esta corriente si bien los jueces tienen la última palabra en la interpretación constitucional, su interpretación no debe ser la única, siendo entonces un desafío a la soberanía judicial, por lo que el trabajo de los jueces no debe ser el reflejo de una élite sino un medio de donde se canalice la expresión popular.<sup>282</sup> Como mencionan

---

<sup>280</sup> García Jaramillo, Leonardo, “Introducción al constitucionalismo democrático” en Post, Robert y Siegel, Reva, *op. cit.*, pp. 12-14.

<sup>281</sup> Niembro Ortega, Roberto, *op. cit.*, p. 162.

<sup>282</sup> Niembro Ortega, Roberto, *op. cit.*, p. 163.

Post y Siegel una premisa esencial del constitucionalismo democrático es que la autoridad de la Constitución como norma político-jurídica se mide en la capacidad de un pueblo de reconocerla como suya, siendo este reconocimiento producto de un proceso de intercambio de razones en el que debe participar tanto el pueblo como los burócratas estatales ya que la confianza depositada en la autoridad judicial no es otra que la que los ciudadanos le otorgan.<sup>283</sup> De esta manera ambos teóricos afirman el papel esencial de los tribunales en la interpretación de la Constitución sin buscar eliminar el control fuerte:

[...] el constitucionalismo democrático no pretende quitarles a los Constitución a los tribunales. El constitucionalismo democrático aprecia el rol esencial de los derechos constitucionales judicialmente garantizado dentro de la estructura política estadounidense. A diferencia de un enfoque jurídico centrado en los tribunales, el constitucionalismo democrático aprecia el rol esencial que el compromiso público desempeña al orientar y legitimar las instituciones prácticas del control judicial de constitucionalidad. Las opiniones constitucionales basadas en la razón jurídica profesional pueden adquirir legitimidad democrática solo si la razón profesional está arraigada en valores e ideales populares. Conforme al constitucionalismo democrático, la decisión judicial está incrustada en un ordenamiento constitucional que invita con regularidad a un intercambio entre funcionarios y ciudadanos sobre cuestiones relativas al significado constitucional.<sup>284</sup>

El control fuerte en esta teoría tiene su fundamento en que la supremacía judicial es un factor esencial en la construcción del derecho constitucional en una democracia. Esto se da puesto que el derecho constitucional es antecedido por la Constitución tanto analíticamente como sociológicamente y la relación que mantienen estos dos es dialéctica. Esta relación es resultante dado que el derecho constitucional solo puede comprenderse como el producto de la evolución histórica de una sociedad y en E.U.A la autoridad política que históricamente ha enraizado las creencias constitucionales en el pueblo ha sido el derecho constitucional que los tribunales han creado. El Poder Judicial de esta forma a través de su supremacía interpretativa garantiza aquellas condiciones necesarias para la existencia de una

---

<sup>283</sup> Post, Robert y Siegel, Reva, "La furia contra el fallo "Roe": constitucionalismo democrático y reacción violenta" en Post, Robert y Siegel, Reva, *op. cit.*, p. 44.

<sup>284</sup> *Ibidem*, pp.51.



democracia donde una sociedad pueda ser partícipe en la deliberación sustancial del derecho constitucional.<sup>285</sup> De esta forma se puede concluir que el modelo Post y Siegel es compatible con la concepción de la democracia procedimental donde el Poder judicial y su supremacía interpretativa instituyen en términos formales los mejores mecanismos para la toma de decisiones políticas ideales en una sociedad.

### **2.2.6 Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial**

La dificultad de ir contra lo que la mayoría quiere por parte del Poder Judicial en una sociedad en un momento y lugar determinado es una cuestión relativa a las democracias representativas que se ha presentado para efectos prácticos desde el nacimiento de la revisión judicial y que sigue siendo hasta hoy en día un debate que central para los teóricos políticos y constitucionales. Alexander Bickel señala que este problema sobre la legitimidad del Poder Judicial cuyos miembros no tienen un cargo cuyo nombramiento sea de elección popular para condicionar el trabajo de los legisladores quienes sí han sido electos en las urnas se desprende propiamente desde el nacimiento del constitucionalismo norteamericano en los pasajes de *El Federalista* de Hamilton, Madison y Jay y en el razonamiento de Marshall en la sentencia de *Marbury Vs. Madison* cuando este afirmó que se debería de imponer en nombre del “pueblo” los límites a la actividad de las instituciones estatales que el propio pueblo había decretado en la Constitución.<sup>286</sup> El concepto de “pueblo” de acuerdo con Bickel es usado tanto por Marshall como por los redactores de *El Federalista* como:

[..] una abstracción; no necesariamente como una abstracción carente de significado ni perniciosa de ninguna manera, sino una cargada de emotividad, pero no representativa, que oscurece la realidad de que, cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una ley Poder Legislativo o la acción de un Ejecutivo electo. Frustra la voluntad de los representantes electos

---

<sup>285</sup> Post, Robert y Siegel, Reva, “Constitucionalismo popular, departamentalismo y supremacía judicial” en Post, Robert y Siegel, Reva, *op. cit.*, p.132.

<sup>286</sup> Bickel, Alexander. M, *La rama menos peligrosa. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2020, pp. 31-33.

del pueblo real del aquí y ahora; ejerce control, no en nombre de la mayoría predominante sino en contra de ella.<sup>287</sup>

De esta forma la problemática sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial se constituye más como una cuestión de índole político que jurídico pero que permea en el debate jurídico a través de la Constitución o no de mecanismos legales para la solución de este problema.

En la actualidad este debate sigue generando diversas posturas en la ya mencionada atribución del control fuerte y las propuestas que giran en torno a que la institución solo debe poder realizar un control débil de constitucionalidad. Entenderemos por control fuerte aquel que ocurre cuando los tribunales pueden rehusarse a la aplicación de una ley en un caso particular como sucede en la *judicial review* como control concreto y en el caso europeo del sistema Kelseniano cuando un tribunal expulsa una ley del sistema jurídico por ser contraria a la Constitución. Atribuciones en parte sustentadas en el argumento de Marshall, y la concepción elitista de Madison en *El Federalista*. Por otra parte, por control judicial débil entendemos la incapacidad de un tribunal para no aplicar la ley correspondiente al caso concreto a través de la revisión de la legislación de derechos individuales, esto sucede, por ejemplo, en Reino Unido, un ministro podría solamente emitir una “resolución de incompatibilidad” para iniciar un proceso legislativo acelerado que remedie las contradicciones legales.<sup>288</sup>

Uno de los teóricos del derecho más importantes que se han opuesto al control judicial fuerte es Jeremy Waldron, quién además ha sustentado una teoría del control débil o de supremacía legislativa. La crítica de Waldron al control fuerte se realiza en dos puntos: la negación de que los tribunales sean las mejores instituciones como foro en la discusión del contenido de los derechos y la problemática contramayoritaria de la institución, en la que una minoría exigua de jueces sin ser elegidos democráticamente puedan oponerse a la voluntad del Poder

---

<sup>287</sup> *Idem.*

<sup>288</sup> Waldron, Jeremy, “La esencia del argumento contra el control judicial de constitucionalidad” en *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018, p. 62.

Legislativo cuya naturaleza si goza de la representatividad democrática que estos no.

Respecto del primer punto de crítica, Waldron cuestiona que los tribunales sean los foros adecuados para la deliberación del contenido de los derechos. Esto lo concluye tras afirmar que los mismos prejuicios sectarios e ideológicos se encuentran tanto en los tribunales como el parlamento dado la intromisión ideológica en su trabajo con resultados en los que se manifiesta la negación de derechos como son los ya mencionados casos Dred Scot y Korematsu. A esto le suma el detrimento en el carácter sustancialmente moral y político de las discusiones en los tribunales a comparación de las que ocurren en los parlamentos, ya que las discusiones en los tribunales se basan en cuestiones meramente legales y doctrinarias pero con los mismos prejuicios sectarios de los integrantes del cuerpo colegiado, en cambio según Waldron la discusión en los parlamentos es auténticamente abierta en relación a la problemática moral y política que implica el desacuerdo del contenido de los derechos ya que además en esta institución se reúnen la pluralidad de experiencias y perspectivas que existen en una país otorgando opiniones diversas sustentadas en distintas ideologías, lo cual representa una credencial democrática mucho más trascendente que la de los tribunales.<sup>289</sup>

En cuanto al segundo punto de crítica gira en torno a la dificultad contramayoritaria y es una crítica al constitucionalismo ortodoxo en relación con su concepción de democracia y del argumento elitista para justificar el control judicial fuerte. Waldron afirma que estos constitucionalistas conciben que el primer problema de una democracia es que esta degenera en la tiranía de la mayoría y que por lo tanto es primordial el desarrollo de instrumentos e instituciones que ayuden a combatir este problema, sin embargo, para Waldron, la labor de una democracia constitucional consiste en empoderar no a una élite que ve en riesgo sus derechos sino a aquellas personas que de no existir la democracia no tendrían ningún

---

<sup>289</sup> Gargarella, Roberto y Martí, José Luis, "La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: Convivir entre desacuerdos" en Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. XXVIII-XXXVI.

poder.<sup>290</sup> Waldron explica la problemática de esta manera que a su juicio el constitucionalismo desatiende:

El problema no es solo que el constitucionalismo desatienda la tarea del empoderamiento democrático; el problema radica en que toma a la democracia y al poder asignado a los ciudadanos comunes a través de los procesos electorales y representativos como sus enemigos naturales. Uno pensaría que una teoría política que aspira a imponer límites al abuso de poder debería tener en la mira todas las formas de tiranía, todas las formas de opresión. Sin embargo, leemos hasta el cansancio en la literatura constitucionalista que al constitucionalismo solo le preocupa controlar la tiranía de la mayoría y no la tiranía en general.

291

Waldron concibe que los constitucionalistas reducen la tiranía en una democracia a una visión parcial de la realidad ya que en su concepción las tiranías ocurren cuando en una sociedad a alguien se le niega un derecho y esto siempre ocurrirá para la parte afectada cuando exista un desacuerdo sobre derechos. En una democracia cuando las instituciones tomen decisiones incorrectas sobre el contenido de los derechos se estaría actuando de forma tiránica y los tribunales no están exentos a través del control de constitucionalidad a no equivocarse.<sup>292</sup> Ante esta problemática Waldron se pregunta ¿por qué una mayoría exigua es la institución adecuada para solucionar los problemas del mayoritarismo en una democracia? A lo que concluye que el constitucionalismo no se opone como tal al mayoritarismo sino al mayoritarismo democrático, ya que todo tribunal colegiado obtiene sus resoluciones a través de la regla de la mayoría en votación de los integrantes. Con lo cual no existe una superioridad del tribunal en este aspecto con relación al parlamento como institución para la toma de estas decisiones.<sup>293</sup>

En concordancia con la teoría de Waldron las corrientes dialógicas han diseñado mecanismos de control judicial débil que tengan el carácter dialógico entre el parlamento y los tribunales. Como habíamos mencionado dentro del

---

<sup>290</sup> Waldron, Jeremy, "Constitucionalismo: Una postura escéptica" en *Contra el gobierno de los jueces...*, *op. cit.*, p. 40.

<sup>291</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>292</sup> Waldron, Jeremy, "La esencia del argumento contra...", *op. cit.*, pp. 110-114.

<sup>293</sup> Waldron, Jeremy, "Cinco a Cuatro. ¿Por qué es que en los tribunales deciden mayorías exiguas?" en *Contra el gobierno de los jueces...*, *op. cit.*, pp. 153-155.

constitucionalismo popular existen corrientes moderadas y robustas, entre estas últimas se encuentra Mark Tushnet quien propone una revisión judicial dialógica de la siguiente manera:

[...] la Legislatura promulga una ley que luego es declarada inconstitucional por la Suprema Corte al violar lo que la Corte entiende por protección constitucional de la libertad de expresión. La legislatura puede responder de distintas formas. Por ejemplo, señalando que la Suprema Corte, servicialmente, ha dirigido su atención a un problema constitucional que la legislatura había ignorado o infravalorado antes. Por lo tanto, al centrar su atención en la cuestión constitucional, puede que termine estando de acuerdo con la interpretación de la Corte y modifique la ley para que sea consistente con esta interpretación. O, algo aún más interesante, puede que la Legislatura concluya, luego de deliberar, que encuentra una interpretación de la provisión de la libertad de expresión según la cual la ley original era constitucional y, sin modificación alguna, más razonable que la de la Corte. Es importante observar que, en un sistema con revisión judicial dialógica, debe haber algún mecanismo para hacer que la insistencia de la Legislatura en su propia interpretación razonable sea legalmente efectiva.<sup>294</sup>

Bajo este razonamiento y bajo la lógica de una democracia deliberativa Roberto Gargarella se inclina por un sistema dialógico que se opone al sistema de frenos y contrapesos instituido en *El Federalista* para abrir paso a un sistema entre instituciones que facilite y abra los canales para el diálogo entre estas ya que considera que en su génesis la concepción de frenos y contrapesos no confía en las capacidades políticas de la ciudadanía, siendo una noción de democracia restrictiva que se enfoca en la protección de derechos pero que no otorga un pleno compromiso cívico con sus miembros. Esto fundamentado en que la concepción de Madison se centraba en un sistema de paz armada donde cada Poder estaba dotado de los mecanismos para evitar las opresiones y contrarrestar las intromisiones potenciales que pudiera haber entre cada una de las ramas de gobierno pero que no abre espacios de diálogo entre estos ni entre la ciudadanía en general.<sup>295</sup>

---

<sup>294</sup> Tushnet, Mark, "Revisión judicial dialógica" en Gargarella, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014, p. 109.

<sup>295</sup> Gargarella, Roberto, "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos" en *Ibidem*, p. 126-128.

Entre los nuevos modelos dialógicos Gargarella destaca el “nuevo modelo constitucional del Commonwealth” que incluye a Reino Unido, Nueva Zelanda, Australia y Canadá este último con la cláusula del “no obstante” (*notwithstanding clause*) contenida en la sección 33 de la Carta canadiense de Derechos y Libertades.<sup>296</sup> Esta es una cláusula que elimina el control judicial fuerte al instituir un sistema de responsabilidad conjunta entre el parlamento y los tribunales permitiendo al parlamento proteger su legislación de que sea examinada por la autoridad judicial o si ya fue examinada garantizar el contenido que tenía la ley como fue promulgada originalmente.<sup>297</sup>

En oposición a estas posturas se encuentra aquellas teorías neoconstitucionalistas que esgrimen argumentos contramayoritarios para justificar el control judicial fuerte relativas principalmente a la protección de derechos y del voto vedado. Otras posturas del constitucionalismo contemporáneo resaltan el carácter del Poder Judicial en una democracia procedimental como la institución que se encarga de ser el árbitro para la toma de decisiones políticas.

La postura de Ernesto Garzón Valdés es una de las del primer tipo. Él justifica el control judicial fuerte apelando a una variación del argumento elitista, pero adecuándolo al diseño del Estado constitucional. De acuerdo con él, la función de los jueces supremos no expresa en sus fallos la voluntad popular, sino busca poner freno a los posibles extravíos inconstitucionales. Para él, los conceptos de autonomía y e independencia judicial tanto interna como externa son indispensables para lograr este propósito ya que de esta manera se priva de la intromisión de presiones políticas en el trabajo de los jueces otorgando de esta manera confianza en la sociedad de que sus decisiones son las correctas y convirtiéndose en una institución que a diferencia del parlamento elimina los prejuicios sectarios y los intereses políticos.<sup>298</sup> Esta postura para justificar el control fuerte la encontramos injustificable pues la independencia judicial en sus ambas vertientes únicamente se

---

<sup>296</sup> *Ibidem*, p.119.

<sup>297</sup> Niembro Ortega, *op. cit.*, p. 125.

<sup>298</sup> Garzón Valdés, Ernesto, “El papel del poder judicial en la transición de la democracia”, *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, México, No. 18, 2003, pp. 27-31.

limita a expresar una idealización del modelo institucional de frenos y contrapesos de Madison pero no elimina la injerencia ideológica en la decisión judicial resultante del proyecto vital y el trabajo jurídico por parte del juzgador y por lo tanto tampoco los prejuicios ideológicos de estos, con lo cual los tribunales no se convierten en una mejor institución que el parlamento para tomar esa clase de decisiones políticas.

La postura de Rodolfo Vázquez se adecúa a la del jurista norteamericano John Ely, aplicando la autoridad del Poder Judicial en una democracia procedimental. Para Vázquez los jueces son la autoridad indicada para corregir un proceso democrático por encima de otros órganos ya que en caso de que el proceso este viciado carecería de valor epistémico que fueran los mismos órganos que viciaron el proceso quienes realizaran la corrección de dicho vicio. Si bien acepta que los jueces pueden equivocarse al realizar dicha corrección, su trabajo fundamental consiste en ser aquellos que dotan de valor epistémico al proceso democrático, siendo de esta forma una función que protege y promueve el proceso mismo de participación democrática en una sociedad.<sup>299</sup>

El valor de este argumento está supeditado en su articulación conforme a la vertiente del constitucionalismo democrático de Post y Siegel. De tal forma que el valor epistémico relativo al control judicial fuerte no radica en que estos son protectores de los derechos de una minoría, sino que en términos procedimentales busquen que su “última palabra” garantice las condiciones para que la ciudadanía participe en la deliberación de esta y por lo tanto sea un promotor de la igualdad política y libertad como autonomía como valores intrínsecos de la democracia procedimental.

Adecuado una vez las características contemporáneas de los máximos tribunales en la actualidad es necesario realizar un estudio para evaluar de lo que hoy en día es la Suprema Corte de Justicia de la Nación y cuáles son sus atribuciones jurídicas y políticas. Esta evaluación nos permitirá saber cuál es su rol

---

<sup>299</sup> Rodolfo Vázquez, “Justicia constitucional y democracia. La independencia judicial y el argumento contramayoritario” en *Las fronteras morales del derecho*, México, Fontamara, 2009, p. 33.

político en México y cuál es el papel que esta cumple en la transición democrática que vive este país para después poder encuadrar cómo es que se manifiesta la concepción de la decisión judicial de acuerdo con los *CLS* en ella y en su trabajo.



## **CAPÍTULO 3. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA EN MÉXICO: UNA BREVE DESCRIPCIÓN DE SU EVOLUCIÓN POLÍTICA Y JURÍDICA A TRAVÉS DE LA HISTORIA**

A continuación, se expone un estudio sucinto de lo que ha sido la transformación histórica de la Suprema Corte de Justicia de la nación (de ahora en adelante SCJN) desde que México nace como nación independiente hasta la actualidad en la que la Corte ha asumido un rol en el país como defensor de derechos humanos. Se estudiará como la Corte ha pasado de ser un tribunal de casación en un incipiente sistema de división de poderes en el México que recién ha obtenido su independencia pasando por la adquisición del término “Suprema Corte” a cómo está establecida en la actualidad y cuál es su rol político.

La importancia de realizar este estudio se da debido a la necesidad de obtener un panorama de las atribuciones jurídicas conforme a la ley y políticas conforme al tipo de trabajo que realiza, para de esta manera poder obtener una concepción jurídico-política de la SCJN en la actualidad.

Solo una vez después de haber tenido esta concepción actual de la SCJN tendrá sentido criticar las decisiones judiciales que esta realiza ya que la crítica debe estar contextualizada bajo las atribuciones jurídico-políticas que esta posee. En este sentido la historia demuestra como la SCJN ha adquirido las atribuciones suficientes para considerar que sus integrantes son “jueces políticos”, por lo que las decisiones judiciales que estos toman son en mayor o menor medida decisiones políticas que en el deber ser deberán tener una justificación constitucional robusta para poder ser juzgadas positivamente.

### **3.1 Etapa primigenia como tribunal de casación (1824 – 1951)**

Esta etapa abarca un periodo en el que la SCJN nace como un tribunal de casación para tener la última palabra en la resolución de procesos judiciales. Fue concebida para ser uno de los tres poderes de la división clásica tripartita de estos en torno a

la del sistema político estadounidense pero que en los hechos su debilidad institucional en un país poco democrático como México quedó expuesta al no tener regulados medios de control jurídico para situarse como una verdadera institución de control del poder político. Conforme pasaron los años hasta 1994 en la SCJN fue una institución que no tuvo atribuciones jurídicas claras para tener incidencia en el sistema de división de poderes y que incluso en muchos años del siglo XX fue un rehén del partido político dominante. En esta etapa poco a poco su diseño institucional se fue fortaleciendo con instituciones como el juicio de amparo y la delegación de casos menos trascendentes a tribunales de menor jerarquía, sin embargo, sería hasta 1987 con la decadencia del partido hegemónico de ese siglo cuando se puede hablar de que la SCJN comienza a tomar rumbo para convertirse en un auténtico tribunal constitucional y en una verdadera institución que pueda ser trascendente en un sistema de pesos y contrapesos de un Estado de derecho.

### **3.1.1 Constitución de 1824 (La creación de la institución)**

El génesis de la SCJN se encuentra en la primera Constitución mexicana expedida el 4 de octubre de 1824 y teniendo esta su antecedente normativo más importante en el Acta Constitutiva de la Federación promulgada a principios de ese mismo año en la que el Congreso Constituyente instalado en 1823 decidió que el país tomaría como forma de gobierno la de una república federal. Esta Constitución que partió de preceptos iusnaturalistas y racionalistas estuvo altamente influenciada por la Constitución estadounidense de 1787 así como por la Constitución de Cádiz de 1812 y buscó imitar los principios y el diseño institucional de este país que había demostrado ser exitosos en una nación incipiente. Esta Constitución reguló una república federal integrada por 19 Estados y 5 territorios con una división de poderes con un Poder Legislativo compuesto por el Congreso de la Unión, un Poder Ejecutivo que residió en un presidente y un vicepresidente de la República y por último en un Poder Judicial compuesto por el Poder Judicial de la Federación

integrado por la Corte Suprema de Justicia, tribunales de circuito y juzgados de Distrito.<sup>300</sup>

La Constitución de 1824 se integró por 171 artículos repartidos en 7 títulos de los cuales el Título V, “Del poder judicial de la federación” se dividió en siete secciones y reguló las características de esta institución, así como sus atribuciones y competencias. El artículo 137 enunciaba los siguientes casos en que la Corte Suprema era competente para conocer:

- a) Controversias en que fuera parte cualquier entidad federativa;
- b) Controversias derivadas de contratos y negociación en los que la federación fuera parte;
- c) Opinión sobre el pase o retención de letras pontificias;
- d) Conflictos de competencia judicial;
- e) Decidir en última instancia los juicios políticos;
- f) Causas de almirantazgo;
- g) Ofensas en contra de la nación;
- h) Delitos de senadores, diputados federales, empleados de hacienda y del poder judicial;
- i) Causas civiles y penales de diplomáticos y,
- j) Infracciones de la Constitución y leyes generales.<sup>301</sup>

La Corte Suprema de Justicia se integró por 11 ministros divididos en 3 salas, y un fiscal cuya duración en el cargo era perpetua y cuyo nombramiento era realizado por el Congreso a elección de las legislaturas de los Estados por mayoría absoluta. En cuanto a los tribunales de circuito estos se componían de un juez letrado y un fiscal que eran nombrados por el Poder ejecutivo y propuestos en terna por la Corte suprema, y por último los juzgados de distrito se integrarían solamente

---

<sup>300</sup>Esquinca Muñoa, César, *Carrera Judicial: Antecedentes, realidades y prospectiva*, México, Porrúa, 2016, pp. 105-108.

<sup>301</sup> Soberanes Fernández, José Luis, *El Poder Judicial Federal en el siglo XIX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, p. 51.

por un juez letrado y su nombramiento era similar que el de los tribunales de circuito.<sup>302</sup>

Es importante subrayar que el Poder Judicial estuvo inspirado en el modelo estadounidense y en el diseño institucional realizado en *El Federalista*. Por otra parte también es importante señalar que la Corte no contaba propiamente con ningún medio de control constitucional ya que sus atribuciones fueron una mezcla de las contenidas en la Constitución de Cádiz y en la estadounidense, por lo que su rol político fue intrascendente debido no solamente a su diseño institucional sino a la coyuntura social y política en México caracterizada por una alta centralización y la existencia de caudillos que dominaban la toma de decisiones políticas con escasos medios de control político para limitar su comportamiento.

### **3.1.2 Bases y leyes constitucionales de la república mexicana de 1836 (El Supremo Poder Conservador)**

La administración de Antonio López de Santa Anna trajo consigo el cambio de régimen federal a uno de Estado unitario centralista, tras obtener el Partido Conservador la mayoría del congreso en 1835 y erigirse como Poder constituyente para expedir las Bases Constitucionales el 15 de octubre de ese año y que fueron el fundamento normativo a través del cual un año después, el 29 de diciembre se expidieron las Leyes Constitucionales. José Barragán menciona que a pesar de que se habla de varias leyes constitucionales, las leyes constitucionales solo fue un texto constitucional, pero en vez de haberse dividido en títulos se dividió en leyes que no se numeraron corridamente, sino que cada ley tiene una numeración propia, siendo que la totalidad de artículos fueron 218 y ocho más transitorios.<sup>303</sup>

La particularidad más importante de este régimen constitucional fue su división de poderes, en la que se instituyó lo que podría ser considerado uno de los

---

<sup>302</sup> *Idem.*

<sup>303</sup> Barragán Barragán, José, "Breve comentario sobre las leyes constitucionales de 1836" en Galeana, Patricia (comp.), *México y sus constituciones*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, p.117.

primeros tribunales constitucionales de la historia, no como tal en su diseño pues esta institución está lejos de ser similar a los tribunales europeos de mediados del siglo XX, pero lo cierto es que tuvo atribuciones políticas enormes respecto del control político de los demás poderes. Es por esto por lo que el Supremo Poder Conservador se le considera un cuarto poder ya que fue un órgano político con facultades irrecurribles con funciones tanto de legalidad como constitucionalidad, en las que buscaba “conservar” el orden jurídico y político. Entre sus atribuciones podía declarar nulos los actos del Poder Ejecutivo y los de la Corte Suprema, así como las leyes o decretos emitidos Poder Legislativo, todo esto condicionado a la petición de los otros dos poderes quienes tenían que solicitar su acción para llevar a cabo estas atribuciones. Además de estas funciones podía declarar la incapacidad física o moral del presidente de la República a petición del congreso, suspender a la Corte Suprema a petición de alguno de los otros poderes, calificar las elecciones de los senadores y suspender hasta por dos meses las sesiones del congreso.<sup>304</sup>

Cabe destacar que estas atribuciones políticas tan grandes eran irrecurribles y el Supremo Poder Conservador solo era responsable ante dios y la opinión pública, siendo además que las resoluciones que emitiera tenían que ser obedecidas ya que el desacato se consideraría alta traición. Respecto de estas atribuciones políticas Silva Ramírez destaca las facultades que tenía el tribunal respecto de la capacidad derogatoria con efectos generales de leyes contrarias a la Constitución, ya que como tal esta facultad no era un medio de control en concreto que tuviera una serie de procedimientos fijados en ley y sería un mecanismo no volvería a aparecer hasta la aparición de la declaratoria general de inconstitucionalidad contenida en la Ley de amparo vigente.<sup>305</sup>

El Supremo Poder Conservador se integraba por cinco miembros con tres suplentes y además cada dos años se cambiaría uno de sus miembros al azar excepto cuando el miembro más antiguo fuera el único que quedase respecto de los miembros originales, ya que en este caso el miembro más antiguo sería el que

---

<sup>304</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>305</sup> Silva Ramírez, Luciano, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, México, Porrúa, 2017 p. 217.

saldría. Los requisitos para ser elegible eran ser ciudadano mexicano con cuarenta años cumplidos el día de la elección, una renta anual de por lo menos 3000 pesos y haber desempeñado en cargos públicos como la presidencia de la república, el Poder Legislativo y la Corte Suprema.<sup>306</sup>

En cuanto al Poder Judicial este se integró por la Corte Suprema de Justicia, tribunales superiores de los departamentos tribunales de hacienda y tribunales primera instancia. La Corte Suprema se integraba por 11 ministros y un fiscal cuyos requisitos para ser elegible eran los de ser ciudadano mexicano, letrado y mayor de cuarenta años. La elección de estos se hacía a través del mismo procedimiento regulado que la del presidente de la República. Las atribuciones y facultades de la Corte Suprema no se alteraron substancialmente respecto de las que tenía en la Constitución de 1824.<sup>307</sup>

### **3.1.3 Bases orgánicas de la república mexicana de 1843 (Reinstauración de la Corte Suprema)**

La novedad más importante de esta Constitución es la desaparición del Supremo Poder Conservador, además contuvo un “catálogo de derechos y obligaciones de los gobernados”, aunque sin ningún medio adjetivo de control para poder hacerlos válidos en los tribunales. Esta Constitución reguló la división de poderes tradicional y mantuvo el centralismo como forma de Estado.

El Poder Judicial quedó regulado en el artículo 115, depositado en una Corte Suprema de Justicia compuesta por 11 ministros y un fiscal, tribunales superiores de los departamentos, tribunales inferiores de los departamentos y tribunales especializados de comercio, minería y hacienda.<sup>308</sup> Una novedad en cuanto a la regulación del Poder Judicial que la Constitución trajo consigo y que ha permanecido así hasta la actualidad fue la exigencia en los requisitos para ser elegible como ministro ya que se exigió que fueran abogados recibidos y haber

---

<sup>306</sup> Barragán Barragán, José, *op. cit.*, p. 121.

<sup>307</sup> Esquinca Muñoa, César, *op. cit.*, p. 109.

<sup>308</sup> *Ibidem*, p. 110.

ejercido la profesión por un periodo de 10 años en la judicatura o 15 en el foro ya que antes solo era necesario que a juicio de los electores el candidato tuviera cierta pericia en cuestiones jurídicas. Además de esto se exigía la edad mínima de 40 años.<sup>309</sup>

La Corte Suprema tenía la facultad de revisar las sentencias dictadas por jueces inferiores, conocer en cualquier instancia de las causas civiles y criminales en contra de servidores públicos previa declaratoria de procedencia por parte del Congreso en los asuntos criminales.<sup>310</sup>

### **3.1.4 Acta constitutiva y de reformas de 1847 (Instauración y federalización del juicio de amparo)**

El acta constitutiva de reformas trajo consigo el retorno del sistema federal como forma de Estado, además esta es una Constitución que tuvo un impacto enorme en el derecho constitucional contemporáneo en México, incluso algunos autores como Fix-Zamudio resaltan que se le ha considerado como “la piedra angular” del derecho constitucional mexicano al ser la primera que reguló el juicio de amparo y con ello el primer proceso autónomo para el control de constitucionalidad en este país.<sup>311</sup>

Esta Constitución mediante el voto particular de Mariano Otero<sup>312</sup> reguló un sistema de control constitucional mixto a través de dos medios de control. El primero

---

<sup>309</sup> *Idem.*

<sup>310</sup> Mayagoitia, Alejandro, “Apuntes sobre las bases orgánicas” en Galeana, Patricia, op. cit., p.165.

<sup>311</sup> García Cantú, Gastón y Fix-Zamudio, Héctor, “Acta Constitutiva y de Reformas, 1847”, en Galeana, Patricia, op. cit., p. 208.

<sup>312</sup> Josef Mariano Fausto Andrés Otero Mestas, mejor conocido como Mariano Otero nació en la ciudad de Guadalajara en el Estado de Jalisco en 1817 y junto con el yucateco Crescencio Rejón se le considera uno de los creadores del juicio de amparo en México. Mariano Otero fue un liberal que se inspiró en las ideas de Rousseau, Montesquieu y Tocqueville para realizar tanto una carrera política como el diseño primigenio del juicio de amparo. Obtuvo el título de abogado por el Supremo Tribunal de Justicia de Jalisco y como político fue un partidario del régimen federal lo cual se muestra a través de su obra publicada en 1842 titulada *Ensayo sobre el verdadero estado de la cuestión social y política que se agita en la República Mexicana*.

En 1847 participó en la elaboración de el Acta de Reformas de la Constitución de 1824 buscando instaurar los mecanismos para asegurar la inviolabilidad de los derechos individuales y para ello se reguló por primera vez de forma federal el juicio de amparo. Además de esto tomando principalmente la teoría de Tocqueville en la que afirmaba en relación a las sentencias que “el fallo solo tiene por objeto lesionar un interés individual, pero la ley no se siente herida más que por casualidad”. De tal

de estos regulado en los artículos 22, 23, y 24 era un complejo medio de control político a través del cual el Congreso podía anular leyes que fueran inconstitucionales de los Estados, erigiéndose el Senado como cámara de origen y a petición del presidente de la república, además a diferencia del juicio de amparo los efectos de este medio tendrían efectos generales.<sup>313</sup> El segundo de estos medios fue el juicio de amparo que siendo un medio de control jurídico quedó regulado en el artículo 25 mediante el cual se elevó al Poder Judicial mediante los tribunales federales a la protección de las garantías individuales respecto de los actos que las vulneren de los Poderes Legislativo y Ejecutivo.<sup>314</sup> Es importante resaltar que este primer diseño del juicio de amparo no se aplicaba en los actos procedentes del Poder Judicial y que desde un inicio fue contemplado con el principio de relatividad de las sentencias o “fórmula Otero” siendo uno de los principios rectores que rigen esta institución.

Hay que mencionar que la justificación del principio de relatividad de las sentencias tiene su justificación en la experiencia de la Constitución de E.U.A y en las observaciones que Tocqueville hizo respecto del Poder Judicial. Debido a la posibilidad de que el Poder Judicial se convirtiera en una institución tiránica al anular leyes de forma general, el principio de relatividad de las sentencias apaciguaría una actividad que sería bastante controvertida y otorgaría solamente facultades para sanear actos concretos de misma forma en que se instituyó la *judicial review* en sus inicios en el que solo la ley dejaba de aplicarse para que esta perdiera su fuerza moral a través del tiempo.

---

forma que quiso adecuar al juicio de amparo esta cualidad de las sentencias y la “formula Otero” quedó enunciada de esta manera: “Los tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare”. (García Ramírez, Sergio, “Mariano Otero, estadista y jurista” en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, Vol. 67, No. 269, 2017, pp. 19 – 38.)

<sup>313</sup> Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 109.

<sup>314</sup> Silva Ramírez, Luciano, *op. cit.*, p. 221.



### 3.1.5 Constitución de 1857 (El primer amparo contra leyes)

La Constitución de 1857 se inspiró en los principios de la revolución francesa, su modelo constitucional puede considerarse inspirado en el constitucionalismo de E.U.A y en el francés y su ideología es de carácter liberal y anticlerical además de que reafirmó el federalismo. Entre sus notas características pueden destacarse su composición de 128 artículos más uno transitorio que fueron contenidos en 8 títulos, una sección dedicada a los derechos del hombre más el medio de suspensión de garantías contenido en el artículo 29 y la desaparición del Senado dentro del Poder Legislativo (su primera reforma fue reintroducir al senado en la división de poderes).<sup>315</sup>

En relación con el Poder Judicial este fue otorgado a la Suprema Corte de Justicia, tribunales de distrito y tribunales de circuito. La Suprema Corte se integró por 11 ministro, más 4 supernumerarios, un fiscal y un procurador general que durarían en su cargo por 6 años.<sup>316</sup> Las atribuciones de la Suprema Corte en esta Constitución fueron cada vez más parecidas a las actuales entre las que se deben mencionar: conocer en primera instancia las controversias jurídicas suscitadas entre los miembros de la federación, dirimir cuestiones competenciales entre los tribunales de la federación o entre estos y los de un Estado y fungir como tribunal de apelación o de última instancia como ordinariamente lo hacen los máximos tribunales.

Lo más destacable de esta Constitución en relación con el control de constitucionalidad es el establecimiento del artículo 101 que reguló en sus tres fracciones el juicio de amparo a nivel federal y respecto de actos de cualquier autoridad (incluyendo las del propio Poder Judicial) así como no solamente de actos que vulneren las garantías individuales sino también de leyes, a esta hipótesis se le denominó “amparo soberanía”.

---

<sup>315</sup> Pérez de los Reyes, Marco Antonio, *Historia del derecho mexicano*, México, Oxford University Press, 2017, p. 509.

<sup>316</sup> Esquinca Muñoa, César, *op. cit.*, p.113.

Por otra parte, el artículo 102 elevó a rango constitucional los primeros principios rectores del juicio de amparo siendo estos el principio de relatividad de las sentencias, el principio de instancia de parte agraviada y el principio de prosecución judicial. Lo anterior por lo tanto representa un antecedente directo al artículo 107 de la Constitución de 1917. Hay que mencionar que, además, la redacción de este artículo en un principio iba a proponer un órgano popular constituido a través de una junta de vecinos para que estos fueran los que conocieran del juicio, afortunadamente, Melchor Ocampo, León Guzmán y otros miembros de la comisión redactora de último momento suprimieron este precepto, lo cual hubiera traído una concepción muy diferente de este juicio y restaría una atribución importante al Poder Judicial.<sup>317</sup>

### **3.1.6 Constitución de 1917 (La Corte y el constitucionalismo social)**

La Constitución de 1917 fue como orden normativo innovador por el corte ideológico que contuvo en su texto original ya que es considerada la primera Constitución en el mundo que recoge los principios de una democracia social para inaugurar de esta forma el constitucionalismo social. A diferencia de las constituciones surgidas en el siglo XVII y XVIII en las que podemos tener como ejemplos paradigmáticos la de E.U.A y la de Francia, la Constitución mexicana de 1917 no toma sus principios rectores del liberalismo clásico como lo son las otras dos. Tanto la Constitución estadounidense de 1787 como la francesa de 1791 parten de la premisa de igualdad ante la ley, sin embargo, esta igualdad no es un valor considerado como el fin de la actividad estatal, sino solamente como punto de partida entre las relaciones de los ciudadanos y el gobierno, de tal manera que se considera una igualdad de tipo formal. A diferencia de esta concepción de igualdad, la del constitucionalismo social considera este valor no como un punto de partida sino como uno de los fines que la actividad estatal debe procurar en una sociedad, de tal manera que fue el primera que reguló un modelo de justicia social entre sus normas.

---

<sup>317</sup> Silva Ramírez, Luciano, *op. cit.*, p. 222.

Los artículos 27 y 123 son considerados la base de este constitucionalismo social ya que buscan generar las condiciones de equidad a través de acciones que otorguen ventajas a las clases más oprimidas sobre los que históricamente han sido sus opresores. El primero de estos es el relativo a la materia agraria y a la clase campesina ya que nacionaliza el territorio nacional y crea la figura del ejido que tiene como fin el otorgar las condiciones de seguridad jurídica en la explotación de tierras para el beneficio de los campesinos y asegurar que estos puedan tener las condiciones mínimas para practicar la agricultura de forma sustentable y que a su vez les permita vivir dignamente. El segundo de estos artículos es el relativo a la materia laboral y a la clase obra, ya que el artículo 123 redefine la relación obrero-patrón para otorgarle al primero las condiciones laborales mínimas relativas a una vida digna como puede ser la duración máxima de una jornada laboral, días de descanso, la prohibición de trabajo para menores de doce años, el derecho de huelga y de asociación por parte de los trabajadores, etc.

En su texto original la Constitución de 1917 estuvo integrada por 136 artículos más 16 transitorios, a su vez estos se dividieron en nueve títulos de los cuales el tercero en su capítulo IV se refirió a la estructura del Poder Judicial. El Poder Judicial fue depositado en una Suprema Corte de Justicia que trabajaría siempre en pleno, tribunales de distrito y juzgados de distrito. La designación de los ministros de la Suprema Corte sería realizada por el Congreso de la Unión por votación a mayoría absoluta mientras que la designación de los magistrados de circuito de los jueces de distrito la realizaba la Suprema Corte de Justicia de la nación (de ahora en adelante SCJN) con cuatro años de duración en el cargo. La duración del cargo de los ministros de la Suprema Corte era dos años, a su vez estos podrían volver a ser electos y durarían cuatro años.<sup>318</sup>

Por otra parte, la Constitución de 1917 trajo consigo mejoras en el juicio de amparo que se sustentó en la regulación de garantías individuales otorgando un perfil positivista y no iusnaturalista como sucedió en otras constituciones anteriores. El juicio de amparo se reguló en los artículos 103 y 107, conteniendo sus principios

---

<sup>318</sup> Esquinca Muñoa, César, *op. cit.*, p. 120.

rectores y además la incorporación del amparo directo que derogó la figura anterior que cumplía su función llamado recurso de casación. El amparo directo desde un inicio era de una única instancia y podía ser conocido por la Suprema Corte contra sentencias definitivas por violaciones formales en el proceso.

Lo más importante que se debe resaltar de la Constitución de 1917 es la concepción política que originó en los ministros debido a la coyuntura social y política ocasionada por la turbulencia e inestabilidad política resultante de haber terminado una revolución social pocos años antes. Andrea Pozo Loya y Julio Ríos Figueroa afirman que el rol político de los ministros fue en un primer periodo de 1917 a 1934 el de funcionar como “árbitros” para la resolución de conflictos. Esta concepción se derivó de la inestabilidad y volatilidad política surgida de la revolución mexicana por lo que no existían reglas claras y precisas que determinaran el rol político que la Corte tendría y dado que este rol tampoco se determinaba con claridad en otros actores políticos, no existía un claro conflicto intrapersonal entre estos por lo que su función en este periodo se dedicó al arbitraje entre dichos conflictos intrapersonales entre los diversos actores políticos.<sup>319</sup>

Posteriormente, a partir de 1934 y hasta 1994 el rol político de la SCJN se circunscribía como “defensores del régimen” al ser solamente un engranaje más de la maquinaria política del PRI y los partidos anteriores que gobernaron antes, que fue el mismo bajo nombres distintos. En una primera etapa gobernada por Plutarco Elías Calles y el PNR (Partido Nacional Revolucionario) que posteriormente sería transformado a PRM (Partido de la Revolución Mexicana) por Lázaro Cárdenas y la inexistencia de presidentes de corte civil y en una segunda etapa a partir 1946 con el cambio de nombre del PRM al PRI (Partido de la Revolución Institucional) y el gobierno de Miguel Alemán.

Una vez que se estabilizó el panorama político y se consagró la hegemonía absoluta del PRI las reformas a la Corte la amoldaron para quedar subordinada a

---

<sup>319</sup> Pozas Loya, Andrea y Ríos Figueroa, Julio, “Las transformaciones del rol de la Suprema Corte” en Castagnola, Andrea y López Noriega, Saúl (comps.), *El rol de la Suprema Corte en la consolidación democrática de México*, México, Tirant lo blanch, 2016, p. 36.

los otros poderes, uno de estos ejemplos puede ser la reforma de 1944 al Poder Judicial en la que el presidente podía remover a los ministros que demostraran “mal comportamiento” previo haberles pedido su renuncia voluntaria. Además, una de las reglas no escritas en este periodo para poder ser ministro era la de ser militante de uno de estos partidos.<sup>320</sup>

Hoy en duda nadie dudaría que los ministros de aquel periodo hayan obtenido sus decisiones judiciales a favor del partido hegemónico no solamente por la nula independencia judicial que estos tenían sino también por la propia ideología política de estos que simpatizaba con la del PRI, con lo cual quiero afirmar que la independencia judicial si bien es un factor importante para mantener un sistema de pesos y contrapesos saludable en ningún momento limita a los jueces para que estos realicen un trabajo jurídico basado en su proyecto vital como el que Duncan Kennedy describe.

### **3.1.7 Reforma constitucional de 1951 (El fortalecimiento de la Corte a través de los tribunales colegiados de circuito)**

Esta reforma publicada en 1951 fue una de las primeras reformas al Poder Judicial instituido en el artículo 94 de la Constitución que depuró el trabajo de la Corte para poder reducir tanto su carga de trabajo y el rezago que existía en este como para modificar sustancialmente la clase de casos que esta resuelve reduciendo en cantidad aquellos problemas que versaran en cuestiones de mera legalidad, sin embargo sería hasta 1987 cuando se puede afirmar que la Corte se convirtió en un tribunal de orden político con funciones de constitucionalidad manteniendo aun así funciones de legalidad. Esta depuración se llevó a cabo principalmente a través de la creación de los tribunales colegiados de Circuito, además se amplió el número de ministros de 21 a 26, donde 5 de estos eran supernumerarios para sustituir a los numerarios cuando estos estuvieran ausentes.<sup>321</sup>

---

<sup>320</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>321</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José Ramón, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 156.

Inicialmente los tribunales colegiados de circuito estaban facultados solamente para el conocimiento de violaciones procesales en materia de amparo, sin embargo, las atribuciones jurisdiccionales que tienen en la actualidad les permiten conocer de lleno los juicios de amparo contra aquellas sentencias definitivas o laudos que pongan fin al juicio cuando dicha violación haya sido cometida dentro del mismo procedimiento de acuerdo con la fracción V del artículo 107 constitucional.

Esta reforma por lo tanto puede concebirse como aquella que inició un proceso de fortalecimiento de la SCJN para que esta poco a poco pudiese concentrarse en asuntos de mayor trascendencia política y social. De esta forma las atribuciones de la Corte se cambiarían para hacer posible que esta pudiese ser un verdadero contrapeso en la división de poderes en cuestión del poder que esta pudiese ejercer en relación al peso político de los casos resueltos, sin olvidar por supuesto que el rol político que desempeñó de 1934 a 1994 fue el de un engranaje más de la maquinaria gubernamental del partido hegemónico, por lo que es, que este proceso de transformación no significó en un primer momento una mejoría en la independencia judicial de la Corte, sino que bien dicha depuración del contenido en sus resoluciones pudo haber sido utilizada en beneficio de los intereses del partido hegemónico.

La independencia judicial de la Corte ha sido un proceso que puede encuadrarse dentro de uno mucho más complejo como es la transición democrática del país cuya complejidad lo es más debido a la mayor cantidad de variables que requiere un proceso social de este tipo, por lo que el proceso de fortalecimiento político en las atribuciones de la Corte no puede considerarse por sí mismo como una mejora en el sistema político mexicano y su división de poderes ya que bien a pesar que puede cumplir un rol político más importante dentro de este siguió sometida a un régimen que no le permitió ser un contrapeso auténtico.

### **3.2 Etapa de fortalecimiento como tribunal con funciones de legalidad y constitucionalidad (1987 – Actualidad)**

Esta es una etapa inacabada de la SCJN en la que transforma sus atribuciones jurídicas y su papel judicial para transformarse en un tribunal de orden político con funciones de control de constitucionalidad a pesar de que en la actualidad en términos formales no puede ser considerado como un “auténtico” tribunal constitucional de acuerdo con la tipología clásica Kelseniana.

Desde 1987 la SCJN siguió depurando su trabajo para recibir menos casos cercanos a los de tribunales de legalidad y más casos en que se cuestionará la constitucionalidad de las normas. En 1994 se puede hablar que de facto la Corte empezó a realizar procesos para posicionarse en la resolución de conflictos constitucionales entre otros poderes como lo es la controversia constitucional y a adoptar la acción de inconstitucionalidad como procedimiento clásico de los tribunales europeos. En 2011 cambio el paradigma de la administración de justicia en México para centrar su actividad en la protección de derechos humanos y en 2013 la nueva Ley de Amparo se amoldó a este paradigma para llevarle a este juicio a tener un carácter donde el juez se convierte en legislador negativo al poder otorgar sentencias con efectos *erga omnes* en determinados supuestos.

### **3.2.1 Reforma constitucional de 1987 (La “conversión” de la Suprema Corte en un “tribunal constitucional”)**

La reforma publicada el 10 de agosto de 1987 redefinió el papel de la SCJN para iniciar su transformación como el máximo intérprete de la Constitución, por lo que varios doctrinarios señalan a esta reforma como a través de la cual se inició la traslación institucional de la actuación de un ámbito de legalidad a uno constitucional, con lo cual a pesar de que en reformas anteriores la Corte había empezado a delegar trabajo para concentrarse en casos de mayor transcendencia política y social es en esta reforma cuando auténticamente se inicia la incorporación de las funciones de un tribunal constitucional a las facultades de la Corte.<sup>322</sup>

---

<sup>322</sup>Astudillo, César, *El Funcionamiento de la SCJN como Tribunal Constitucional. El dilema de decidir sobre qué y cómo decidir*, México, Tirant lo blanch, 2019, p. 23.

Lo anterior además fue expuesto de esta manera en el propio dictamen que aprobó la reforma:

El propósito central de las reformas es redistribuir las competencias entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, con el objeto de agilizar la tramitación de los asuntos sujetos al conocimiento de los tribunales federales. Por tales motivos, la iniciativa considera pertinente modificar competencias, reservando a la Suprema Corte de Justicia la interpretación definitiva de la Constitución y a los Colegiados de Circuito el conocimiento de los problemas de legalidad o violación indirecta de la Constitución.<sup>323</sup>

Por lo que, respecto a los fines de esta reforma, César Astudillo señala que estos consisten en dos objetivos. El primero de ellos era seguir depurando la carga de trabajo de la Corte aminorando el rezago de trabajo y que es un objetivo que ya se había ido realizando desde las primeras reformas al Poder Judicial de la Constitución de 1917, sin embargo, el segundo objetivo consistía precisamente en otorgarle los rasgos esenciales que la dotan de las funciones de un tribunal constitucional.<sup>324</sup>

A través de esta reforma el artículo 94 en su sexto párrafo otorgó atribuciones a la Corte en relación con el diseño de la jurisdicción respecto del número, división de circuitos y jurisdicción territorial y especialización de los juzgados de Distrito y tribunales de Circuito, además de la posibilidad de que la Corte emitiera acuerdos para definir los asuntos que esta conocería en pleno o en salas.

Por otra parte, el artículo 107 en sus fracciones V y VII se redefinió la competencia de la SCJN para que conociera de los amparos en revisión respecto de resoluciones derivadas de amparos directos o indirectos que buscasen combatir la inconstitucionalidad de una ley, tratado internacional, Constitución local, o reglamento y otorgó a los tribunales colegiados de Circuito el conocimiento de amparos directo en revisión que no cuestionaran la constitucionalidad de una norma

---

<sup>323</sup> Dictamen de la Cámara de Senadores que aprueba las reformas y adiciones a los artículos 73, fracción XXIX, 104 fracción I-B, 94, 97, 101, 107, constitucionales publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 8 de abril de 1987.

<sup>324</sup> Astudillo, César, *op. cit.*, p. 24.



general.<sup>325</sup> Esta última atribución es como tal es la que le otorga la característica de un tribunal constitucional ya que se impugna de forma directa una norma general.

### **3.2.2 Reforma constitucional de 1994 (Acción de inconstitucionalidad, Controversia constitucional y el Consejo de la Judicatura)**

Esta reforma al Poder Judicial es aquella en la que se considera que la Corte obtiene y consolida las facultades más importantes de un tribunal constitucional, con lo cual redefinió la justicia constitucional en el sistema jurídico mexicano al elevar el principio de supremacía constitucional al ámbito del Poder Judicial al fortalecer considerablemente las atribuciones de la Corte a través de la creación de la acción de inconstitucionalidad y la actualización de un medio de control como la controversia constitucional que durante su previa existencia había pasado desapercibida al no contar con una estructura procedimental reglamentada.

La integración de la SCJN se modificó quedando integrada por 11 ministros que durarían en el cargo por 11 años sin posibilidad de reelección y cuyo procedimiento de designación consistiría en ser sometidos como candidatos a elección de uno en terna al senado, quien los nombraría a través de la votación calificada de las dos terceras partes de sus miembros. Por otra parte, también estableció la duración del cargo de presidente de la SCJN a un periodo de cuatro años.<sup>326</sup>

Un aspecto de gran trascendencia de esta reforma fue la creación del Consejo Federal de la Judicatura que es un organismo cuya finalidad principal es la búsqueda de la independencia judicial al ser una institución que en relación a la responsabilidad disciplinaria busque que esta se realice equilibradamente y el Poder Judicial no se convierta en un instrumento de subordinación política a favor de otras instituciones pero tampoco este lo ejerza puramente solo convirtiéndose en un instrumento de control corporativo sin contrapesos. El Consejo de la Judicatura

---

<sup>325</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, p. 160.

<sup>326</sup> *Ibidem*, p. 550.

realiza actividades de administración, vigilancia, disciplina y presupuestal que antes de su existencia era llevada a cabo por el pleno de la SCJN, sin embargo, la carga de trabajo superaba la capacidad laboral de la Corte además de distraerlos de sus actividades sustancialmente judiciales. En un inicio los miembros del Consejo eran elegidos mediante sorteo, actualmente el Consejo se integra por el ministro presidente de la Corte y seis consejeros, de estos últimos tres son representantes del Poder Judicial, dos son nombrados por el senado y uno es nombrado por el Poder Ejecutivo. De tal manera que su composición se equilibra para buscar su independencia política y a la vez quede sujeto al sistema de división de poderes en la búsqueda tanto de independencia interna como externa.<sup>327</sup>

Esta reforma además destacó por la reformulación de la controversia constitucional y la creación de la acción de constitucionalidad, medio que hasta entonces no existía en el sistema jurídico mexicano y que está influenciado en los sistemas de control constitucional Kelseniano-europeo.

La controversia constitucional es un medio de control que, si bien ya estaba regulado en el sistema jurídico mexicano, su existencia había sido más bien intrascendente, ya que si bien desde 1824 la Corte tenía funciones para conocer conflictos jurídicos entre dos estados y en la Constitución de 1857 entre estos o con la federación no existía una serie de procedimientos reglamentados para ello y aunado a la poca independencia política que tuvo la Corte en el siglo XX la mayoría de los casos que resultaban sobreesidos con lo cual la controversia se dejó de usar. La reforma de 1994 hizo exhaustivo y casuístico en el artículo 105 constitucional los requisitos de procedencia y quienes pueden ser las partes de la controversia, posteriormente y a raíz de esta reforma el 11 de mayo de 1995 se publicaría la ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional en el que se detallaría la sustanciación de la controversia y acción de constitucionalidad.<sup>328</sup>

---

<sup>327</sup> Rodríguez Lozano, Amador, "La reforma judicial de 1994: Una visión integral" en (varios), *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Senado de la República, 1997, p. 53.

<sup>328</sup> Suárez Camacho, Humberto, *El sistema de control constitucional en México*, México, Porrúa, 2017, p. 292.

Por otra parte, la acción de inconstitucionalidad fue una novedad en el sistema jurídico mexicano, si bien con anterioridad a través del amparo se trató de ejercer control sobre actos legislativos no existía medio de control abstracto, con efectos generales para reafirmar el principio de supremacía constitucional a través de la expulsión de normas del sistema jurídico. Los objetivos de la acción de inconstitucionalidad consisten en resolver conflictos normativos que existen cuando dos normas son contradictorias, depurar el sistema jurídico al reafirmar la supremacía constitucional, pretender solucionar la problemática derivada de la “fórmula Otero” en el que el amparo no elimina aquellas normas contrarias a la Constitución, evitar aplicación de normas antes que se presenten situaciones de conflicto y por último por lo mismo evitar que se produzcan los efectos jurídicos de una norma inconstitucional.<sup>329</sup>

A partir de esta reforma producto de la transición democrática en México es que se transforma el rol político de la Suprema Corte, siendo que estrictamente no se creó un tribunal constitucional ya que no es una institución autónoma sino que añadió nuevas funciones que los convirtieron de facto en jueces políticos añadido a las funciones de legalidad que ya tenía, además el sistema de control constitucional en México se convirtió en un sistema híbrido al tener un medio de control como el amparo que es semicentralizado y la controversia y acción de inconstitucionalidad que son medio centralizados al ser la Corte la única autoridad judicial que los resuelve.<sup>330</sup> Es a partir de esta transformación que la Corte adquiere el rol de “intérpretes de la Constitución” cuyo carácter solo es posible a partir de la independencia judicial que adquirió con la creación del Consejo de la Judicatura resultante de la decadencia política del partido hegemónico así como de la instauración de la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad medios que convirtieron a la Corte en los intérpretes absolutos de la Constitución.

---

<sup>329</sup> *Ibidem*, pp. 339-351.

<sup>330</sup> Pou Giménez, Francisca, “Cambio constitucional y la arquitectura institucional de la Suprema Corte” en Catagnola, Andrea y López Noriega, Saúl, *op. cit.*, p. 82.

### **3.2.3 Reforma constitucional de 1996 (El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación)**

A lo largo de la historia de México hasta finales del siglo XX concretamente en la década de los setentas la justicia electoral puede ser considerada de un estado precario al tener únicamente medios de control políticos para hacerla efectiva en un país cuyo carácter democrático ha sido cuestionado en gran parte de su historia, por lo que la legitimidad de las resoluciones sobre justicia electoral ha corrido con la misma suerte.

Desde 1824 hasta 1970 la justicia electoral era realizada a través del Poder Legislativo ya sea por la cámara de diputados o por la de senadores erigiéndose la primera como un colegio electoral que calificaba la validez de las elecciones y resolvía los diferentes cuestionamientos que se hiciesen sobre la legitimidad del proceso electoral. En 1977 se estableció por primera vez un mecanismo jurídico para la impugnación de elecciones, siendo ese un recurso de reclamación ante la Suprema Corte para impugnar la validez de las resoluciones hechas por el colegio electoral de la cámara de diputados.<sup>331</sup>

En 1986 se creó por primera vez un órgano jurídico especializado en resolver controversias materia electoral llamado Tribunal contencioso electoral que era un órgano administrativo y autónomo, este órgano posteriormente en 1990 se convirtió en el Tribunal Federal Electoral que podía establecer jurisprudencia, pero no pertenecía al Poder Judicial y es así como en 1996 este tribunal se integraría al Poder Judicial de la Federación.

La reforma constitucional de 1996 significó primero la inclusión en el artículo 94 al Tribunal Electoral como depositario del Poder Judicial. Se modificó el artículo 99 para regular en este las facultades y atribuciones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en la que sus resoluciones serían definitivas e inatacables y teniendo a la SCJN como la autoridad que decidiría la validez de las contradicciones de tesis que pudiesen surgir con el pleno o las Salas de la Corte.

---

<sup>331</sup> Suárez Camacho, *op. cit.*, p. 389.

Por último, se modificó la fracción II del artículo 105 constitucional para fortalecer la acción de inconstitucionalidad quitando la causal de improcedencia que surgía cuando la ley impugnada era relativa a materias electorales.<sup>332</sup>

Esta reforma significó entonces el fortalecimiento de los medios de control jurídicos en México a través de la inclusión de la materia electoral a las competencias de una autoridad judicial y de la incorporación de materia electoral a las competencias de control de la Suprema Corte dentro de la acción de inconstitucionalidad, siendo que esta materia es especialmente delicada e importante en un sistema político que requiere medios que den legitimidad a las leyes que construyen un régimen democrático, con lo cual las atribuciones y el papel político de la Corte siguió en ascenso.

### **3.2.4 Reformas constitucionales de 2011 (Las reformas de los Derechos Humanos)**

Publicadas el 6 y el 10 de junio de 2011 estas reformas consistieron en el retorno a una concepción iusnaturalista de los derechos humanos pues el trato que la Constitución de 1917 en un inicio les dio tenía un corte positivista en el que el Estado los otorgaba y ahora a partir de esta reforma los reconoce y los concibe como universales e inherentes a cualquier persona. De tal forma que la denominación del capítulo I del título primero de la Constitución cambió de “De las Garantías Individuales” a “De los Derechos Humanos y sus Garantías”.<sup>333</sup> La transformación del artículo primero transformó el rol de la SCJN y en general la interpretación del derecho por cualquier autoridad radica en la inclusión de las siguientes premisas en el artículo primero que a continuación serán mencionadas:

- I) El reconocimiento por parte de la Constitución de derechos humanos que se encuentren en tratados internacionales que el Estado mexicano sea

---

<sup>332</sup> Silva Ramírez, *op. cit.*, p. 259.

<sup>333</sup> Lara Aponte, Rodolfo H., “La reforma de derechos humanos de 2011. Hacia el Estado constitucional” en Carbonell Sánchez, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, t. V, vol. 2, p. 369.

parte, aunque no se encuentren explícitamente regulados en esta: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. El párrafo segundo del artículo primero trae consigo la creación de un bloque de constitucionalidad relativa a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, así como la aparición del principio pro persona para la interpretación de normas transformaron el paradigma jurídico e interpretativo de la Constitución en la búsqueda de que los derechos humanos sean el motor normativo del derecho como agente transformador de una sociedad.<sup>334</sup>

Este párrafo implicó la implementación de “interpretación conforme” que es una herramienta hermenéutica cuyo génesis se encuentra en el mismo bloque de constitucionalidad definido en la contradicción de tesis 293/2011 en el que la Suprema Corte resolvió que aquellos tratados internacionales que contengan derechos humanos tendrán rango constitucional excepto cuando existan restricciones constitucionales en donde prevalecerá la Constitución. La interpretación conforme versa en la armonización de esta y los tratados internacionales señalados anteriormente en la que el intérprete deberá de elegir aquella interpretación para la aplicación de la norma que tenga una protección más amplia respecto de derechos humanos.<sup>335</sup>

- II) La introducción del control difuso de convencionalidad a través de la obligación impuesta a todas las autoridades para la reafirmación de los derechos humanos a través de la actividad estatal: “Todas las autoridades en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con

---

<sup>334</sup> González Plascencia, Luis, “Implicaciones de la reforma constitucional de junio de 2011 para el derecho y el sistema penal en México, en García Ramírez, Sergio *et al.* (coords.), *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 369.

<sup>335</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano”, *Revista semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Chile, Núm. 2, 2011, p. 556.

los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley”. El párrafo tercero del artículo primero incorpora además una serie de principios teleológicos aplicables a los derechos humanos que acuerdo al contenido aspiracional de su utilidad y de la reforma rigen su aplicación.

Sin cuestionar la legitimidad política de los Derechos Humanos lo cierto es que estas reformas han tenido un gran impacto en el sistema jurídico y en la interpretación del derecho, de tal forma que el rol político que la Corte se ha modificado. De acuerdo con el papel judicial descrito por Guarnieri y Pederzoli la Corte esperaba que se le considerará como un “juez guardián” caracterizada por tener una autonomía política alta resultante de la independencia judicial tanto interna como externa que obtuvo a través del Consejo de la Judicatura y de la decadencia del régimen del PRI así como una baja creatividad jurisprudencial concebida por una parte por el diseño jurídico de los modelos romanos-germánicos que son más restrictivos que los diseños del *common law* y que reducen más no anulan la discrecionalidad judicial, y por otra parte por la concepción garantista de su función en la que los jueces son defensores de los derechos de los individuos y de las minorías limitándose a la aplicación de la Constitución y particularmente en este caso a la defensa de los derechos humanos. Este último punto no puede considerarse que se dé de facto, sino más bien tiene un contenido aspiracional y es una concepción que el mismo Poder Judicial en México pretende que se le conciba de esa manera.

### **3.2.5 La nueva Ley de Amparo de 2013**

La ley de amparo vigente que reglamenta los artículos 103 y 107 de la Constitución y que fue publicada el día 2 de abril del 2013 representa además de la actualización y mejora en cuestiones técnicas, la aplicación de la reforma constitucionales del 6 y 10 de junio del 2011 en el juicio de amparo, respecto del marco constitucional de

los derechos humanos para ampliar el espectro de protección de estos, de tal forma que el principal impacto político de esta reforma es la adecuación de este juicio a un marco normativo cuyo epicentro son los derechos humanos.

La nueva Ley de Amparo de 2013 tiene su antecedente directo en un proyecto de ley que fue publicado el 4 de abril del año 2000 y cuya encomienda fue realizada por la SCJN, quienes formaron una comisión para esto el año anterior. Este proyecto contemplaba entre otras cosas siguientes innovaciones: ampliación de la protección del juicio de amparo no solamente a garantías individuales sino a garantías sociales y derechos humanos contenidos en tratados internacionales, incorporación de la figura del interés legítimo para la protección de intereses colectivos y difusos, incorporación de los particulares como figura de autoridad bajo ciertas hipótesis e incorporación de la declaratoria general de inconstitucionalidad e interpretación conforme respecto de amparos contra normas generales.<sup>336</sup> A continuación, se profundizará en estas modificaciones contenidas en este proyecto que posteriormente se materializaron en la nueva Ley de Amparo.

En relación con la ampliación del espectro de protección del juicio de amparo, el artículo primero de la Ley de Amparo vigente regula en su fracción I la procedencia del juicio de amparo respecto de normas, actos u omisiones de autoridad que sean violatorios de derechos humanos contenidos en la Constitución y en tratados internacionales que el país sea parte. Esto es la adecuación al artículo primero constitucional que prepondera el uso de derechos humanos en un corte iusnaturalista para tomar a la dignidad humana como la base preexistente de los demás derechos.

Otro aspecto trascendente es la modificación relativa de las partes dentro del juicio de amparo ya que tanto el quejoso como la autoridad tuvieron cambios importantes en hipótesis específicas para ampliar el rango de protección de los derechos humanos, haciendo que el juicio de amparo fuera procedente donde antes no lo era.

---

<sup>336</sup> Zaldívar Lelo de la Rea, Arturo, *op. cit.*, pp. 8-13.



En relación con la modificación de la parte quejosa, la nueva Ley de Amparo incorporó en su texto original la figura de “interés legítimo”. El interés legítimo es una figura que había sido introducida primeramente en la reforma constitucional al juicio de amparo del 6 de junio de 2011 en la fracción I del artículo 107 constitucional, sin embargo, ya había sido contemplada en el proyecto realizado por la Corte de la nueva Ley de Amparo publicado en el año 2000 y posteriormente en la resolución del amparo en revisión 366/2012 la primera sala de la SCJN precisó el contenido de esta figura que consiste en una legitimación intermedia entre el interés simple y el interés jurídico. El interés legítimo tiene como objeto la protección de derechos humanos de tercera generación también conocidos como difusos o colectivos pudiendo de esta manera legitimar personas a la impugnación de leyes que no los hacen destinatarios directos del contenido de esta pero que tienen una afectación jurídica relevante y de forma indirecta en aquellos derechos humanos en los que es difícil cuantificar una afectación directa y personal como pueden ser derechos de protección ambiental o derecho a la paz .<sup>337</sup>

Por otra parte, en cuanto a la modificación del estatus de la autoridad para efectos del juicio de amparo, la nueva Ley de Amparo regula la posibilidad en el párrafo segundo de la fracción II del artículo 5to de que los particulares se conviertan en autoridad para efectos cuando su conducta sea de acto u omisión sea equivalente a los que realiza una autoridad (siendo estos los regulados en el párrafo anterior de la misma fracción del mismo artículo) y cuando las funciones que el particular realice estén previstas en una norma general. Esta modificación cambia el significado de autoridad que la Corte había asentado en 1996, siendo estas los funcionarios de organismos públicos que con fundamento en la ley emiten actos unilaterales por los que crean, modifican, o extinguen situaciones jurídicas que afectan la esfera legal del gobernado.<sup>338</sup> De tal forma que este criterio formal en razón a la pertenencia de la burocracia estatal se deja a un lado en favor de uno material donde el factor central para que un particular pueda ser considerado como

---

<sup>337</sup> Sánchez Cordero, Olga, “Interés legítimo en la nueva Ley de Amparo”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, t. I, p. 250.

<sup>338</sup> Mijangos y González, Javier, “El juicio de amparo contra particulares”, *Ibidem*, pp. 275-280.

autoridad gira en torno a la creación, modificación o extinción de forma obligatoria y unilateral de una situación jurídica que le cause al gobernado una violación en sus derechos humanos.

Por último, la declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo fue regulada por primera vez en el anteriormente mencionado proyecto de ley realizado por la Suprema Corte quedó a su vez regulado en el capítulo VI de los artículos 231 a 235 de la nueva Ley de Amparo. La declaratoria general de inconstitucionalidad es una figura que ya existía en otros procedimientos constitucionales como es la acción de inconstitucionalidad y en la controversia constitucional en aquellos casos en que en esta la resolución es de efectos generales, pero no en el juicio de amparo donde los efectos de las sentencias siempre habían sido *inter partes*. Hay que resaltar que esta declaratoria podrá aplicarse a cualquier norma general exceptuando aquellas que sean de materia tributaria de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 231 de la nueva Ley de amparo.

Para hablar de la declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo hay que tener en mente el principio de la relatividad de las sentencias o “fórmula Otero”, siendo este uno de los principios rectores del juicio de amparo y a través del cual las sentencias dictadas en este juicio se abstienen de hacer declaraciones generales respecto de la constitucionalidad de las leyes o actos reclamados y reduciendo sus efectos únicamente entre las partes en el juicio de acuerdo al principio res *inter alios acta*.<sup>339</sup>

El principio de relatividad de las sentencias sigue teniendo hasta hoy en día su justificación en la mayoría de los supuestos y la tuvo aún más en 1847 cuando el juicio de amparo fue incorporado por primera vez en sistema jurídico mexicano y la coyuntura política del país inspiró a Otero realizar un sistema con similitudes a la *judicial review* en E.U.A donde los jueces no pueden declarar efectos generales en el control constitucional para evitar la invasión de competencias entre el Poder

---

<sup>339</sup> Espinoza Barragán, Manuel Bernardo, *Juicio de Amparo*, México, Oxford University Press, 2016, p. 54.

Legislativo y el Poder Judicial, sin embargo, hoy en día existe diversas críticas respecto al principio de relatividad de las sentencias , por lo que la SCJN en su proyecto de ley del 2000 incorporó el principio de relatividad de las sentencias en el juicio de amparo.

De acuerdo con el ministro de la SCJN Arturo Zaldívar Lelo de Larrea la relatividad de las sentencias en el juicio de amparo en primer lugar puede vulnerar el principio de supremacía constitucional al ser un principio que no solo permite sino que exige la preservación en el sistema jurídico de normas contrarias a la Constitución y permitiendo la existencia de incoherencias normativas dentro del sistema, en segundo lugar, afirma que afecta la regularidad del sistema jurídico (siendo esta la característica onde las normas de grado superior determinan la creación y el contenido de las normas de grado inferior) al existir normas generales irregulares que después de haber sido inaplicadas en casos concretos siguen siendo vigentes y aplicadas a pesar de considerarse irregulares, en tercer lugar vulnera la igualdad ante la ley ante la inexistencia de un principio equitativo que permita una desigualdad razonable entre las personas que pertenecen al juicio de amparo y que los beneficia y aquellas que no son parte del juicio pero que de igual manera la ley vulnera sus derechos humanos pero por criterios formales como es el no ser parte de un juicio los efectos de la ley se siguen aplicando, por último citando a Luigi Ferrajoli, el ministro Zaldívar afirma que de acuerdo a un criterio de democracia sustantiva la subsistencia de leyes inconstitucionales vulnera la transición de México como un Estado democrático al ser fundamental para este concepto sustancial de democracia la eficiencia en la aplicación de garantías procesales para la defensa de los derechos humanos.<sup>340</sup>

De acuerdo con Gómez Marinero la novedad de la aplicación de la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo indirecto y por la tanto de la nueva Ley de Amparo radica en que:

[...] se prevé dentro del juicio de amparo indirecto, instrumento que —por excelencia— se encuentra al servicio de las personas y no de los titulares de los órganos y/o poderes públicos,

---

<sup>340</sup> Zaldívar, Lelo de Larrea, *op. cit.*, p. 115.

como ocurre con las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. La declaratoria general en materia de amparo, en un principio se trató de plantear como consecuencia directa de la declaración de inconstitucionalidad; 3 es decir, de la jurisprudencia por reiteración en amparo indirecto. 4 Sin embargo, la reforma constitucional del 6 de junio del 2011, solo contempló la existencia de la jurisprudencia por reiteración como un punto de partida para el procedimiento intrincado que posibilita los efectos *erga omnes* de las normas declaradas inconstitucionales por los órganos del Poder Judicial de la Federación. En este orden de ideas, la declaratoria —en la práctica— pretende atenuar el obstáculo que representa el principio de relatividad de la sentencia de amparo, según el cual ésta “será siempre tal, que solo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos”, previendo la posibilidad de invalidar normas jurídicas con los consabidos efectos *erga omnes*.<sup>341</sup>

El procedimiento para llevar a cabo la declaratoria general de inconstitucionalidad se lleva a cabo primero a través de un informe o aviso realizado a la autoridad emisora de la norma general cuando el pleno de la Corte o la salas determinen la inconstitucionalidad de esta por segunda vez de forma consecutiva, este aviso tiene como propósito la prevención y señalamiento de una posible expulsión del sistema jurídico de dicha norma, ya que posteriormente si la SCJN resuelve en otros tres casos la inconstitucionalidad de dicha ley se establecerá jurisprudencia por reiteración y se procederá de acuerdo con el segundo párrafo de la fracción II del artículo 107 constitucional con la notificación a la autoridad emisora de la ley para que esta en un plazo de 90 días naturales modifique o derogue la ley que ha sido declarada inconstitucional, en caso de que la autoridad emisora haya sido el Poder Legislativo local o federal este plazo se computará de acuerdo a los días útiles de los periodos ordinarios de sesión que tengan. Posteriormente cuando el plazo haya transcurrido sí la autoridad emisora no superó la inconstitucionalidad de la norma, la SCJN en pleno emitirá por votación con una mayoría de por lo menos ocho votos la declaratoria de inconstitucionalidad para expulsar esta norma del sistema jurídico.

---

<sup>341</sup> Gómez Marinero, Carlos Martín, “Nueva Ley de Amparo: Breves comentarios y críticas” en *Reforma Judicial: Revista mexicana de justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núms. 27-28, enero-diciembre de 2016, p. 4.

### **3.2.6 La concepción actual de la SCJN**

De acuerdo con sus atribuciones jurídicas que derivan de un largo proceso de transformación puede desarrollarse una concepción política particular de la SCJN, este proceso ya puede deducirse a partir de los apartados anteriores que lo encuadran como un tribunal de orden político con atribuciones similares a las de un tribunal constitucional designado en primer lugar para la defensa de derechos humanos y en segundo lugar como órgano que resuelve las disputas con carácter jurídico entre otros órganos del Estado.

Es necesario un punto temporal de referencia para determinar de manera formal cuándo se puede considerar que comienza y se aplica esta concepción política de la SCJN, para ello tomaremos como referencia a la décima época establecida por la Corte a través del Semanario Judicial de la Federación. El Semanario Judicial de la Federación es el instrumento difusor del Poder Judicial de la Federación a través del cual este da a conocer las sentencias y tesis más importantes emitidas por la Suprema Corte y los tribunales federales, así como los diversos acuerdos emitidos por el Consejo de la Judicatura y la SCJN.

El Semanario Judicial se ha dividido en etapas llamadas “épocas” para efectos prácticos poder clasificar todas sus resoluciones y sentencias. La división de épocas atiende a poder distinguir las resoluciones de acuerdo con un periodo temporal en el que la Corte se encontraba y que cambia de época con el transcurrir de algún suceso que haya sido trascendental para el Poder Judicial de la Federación. De acuerdo con esta clasificación nos encontramos actualmente en la décima época desde las jurisprudencias emitidas por el Pleno de la SCJN y los Tribunales Colegiados de Circuito el día 4 de octubre de 2011 previo el acuerdo general 9/2011 emitido por la SCJN el 29 de agosto de 2011 en el que la Corte dio a conocer el pronto inicio de la décima época.

La creación de la décima época obedece esencialmente al cambio de paradigma constitucional en la administración de justicia derivado de la reforma constitucional del 6 y 10 de junio del 2011, en el que los derechos humanos se convirtieron en el objeto principal de tutela del Poder Judicial de la Federación, con

lo cual el rol político de la SCJN se modificó para pasar del rol de “intérpretes de la Constitución” en que la función preponderante de la Corte era la solución de conflictos políticos entre los otros poderes estatales buscando su consolidación dentro del sistema de división de poderes a través de la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional al rol de “defensores de los derechos” en el que su función gira en torno de los derechos humanos como vigilante de la actividad estatal para su defensa. Lo anterior de acuerdo con César Astudillo se demuestra a través de la facultad de atracción que es una facultad jurídica, pero de contenido netamente político pues la discreción judicial en esta se puede afirmar absoluta y en el periodo de 1995 a 2007 su uso para la protección de derechos fundamentales fue casi inexistente.<sup>342</sup>

Esta transformación puede avistarse desde el año 2005 en que el escrutinio de la SCJN se intensifica al abrir espacios y canales de comunicación y de diálogo con la ciudadanía en general. Esto se aprecia con la transmisión de sus sesiones plenarias en televisión y la creación de un canal de televisión exclusivo de la SCJN para difundir su trabajo, el surgimiento de las redes sociales y la promoción a través de spots publicitarios y discursos sobre su papel en la defensa de los derechos humanos.<sup>343</sup>

Por otra parte, el periodo de la décima época se ha caracterizado por la descentralización del control constitucional (aunque sigue siendo centralizado) a partir de la reforma constitucional de 2011 que obliga a todos los jueces a ejercer un control difuso con lo cual de acuerdo con los propios contenidos de la Corte expuestos en el Acuerdo General 9/2015 y en la tesis aislada CLXXXVII/2016 la corte no debe de considerarse como la única autoridad legitimada para la interpretación de la constitución sino que la importancia de su labor radica en ser una guía en la interpretación constitucional de acuerdo con la mutabilidad del

---

<sup>342</sup> Astudillo, César, *op. cit.*, p. 165.

<sup>343</sup> Pou Giménez, Francisca, *op. cit.*, p. 66.

derecho en el tiempo, siendo que los conceptos y significados de este se transforman todo el tiempo.<sup>344</sup>

Ahora, si bien tras la implementación del control difuso en México la SCJN acepta un papel de guía hermenéutica, esto no significa que los medios de control concentrado donde ella sea la única autoridad competente para conocerlos, como lo es la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad pasen a un segundo plano. Dejando a un lado estos mecanismos para la protección de derechos humanos que se adecúan al párrafo tercero del artículo primero constitucional para que sea la labor de toda autoridad la protección y respeto de estos derechos, la SCJN se ha constituido de facto en un tribunal político con funciones híbridas de legalidad y de constitucional que posee la última palabra en la interpretación constitucional y que ejerce la labor de un legislador negativo pudiendo expulsar normas del sistema jurídico y otorgar resoluciones con efectos *erga omnes* en relación a la aplicación de la ley. Esto los convierte a los ministros de la SCJN en jueces de orden político a pesar de que formalmente no se encuentren en una jurisdicción especializada fuera del Poder Judicial como están en Europa los ejemplos más representativos de los tribunales constitucionales influenciados en el modelo de justicia constitucional de Hans Kelsen.

Sin ahondar en cuestionamientos sobre si se debiese de crear un tribunal fuera del Poder Judicial que para efectos formales tuviera el conocimiento absoluto de la jurisdicción constitucional, para efectos materiales la SCJN ya ejerce esas funciones, por lo que se le debe de otorgar el trato político del de un auténtico tribunal constitucional con todo lo que ello implica. Los ministros de la SCJN tienen un rol que tiene un impacto político enorme en la sociedad a través de su trabajo de acuerdo con sus atribuciones políticas.

A pesar de que las decisiones judiciales de cualquier juez pueden encuadrarse en la concepción de la decisión judicial de Duncan Kennedy donde estos realizan un trabajo jurídico para llegar a “la-sentencia-a-la-que-quiero-llegar”, no es lo mismo el impacto político que estas tienen de acuerdo con sus atribuciones

---

<sup>344</sup> Astudillo, César, *op. cit.*, p. 165.

jurídicas y a la coyuntura histórica y política que a estos los rodea. Resulta obvio mencionar que las decisiones judiciales de un ministro de la SCJN tienen un impacto político mucho mayor que las de un juez de Distrito, por lo que el trabajo que realizan los primeros debe estar sometido a un escrutinio público mucho más amplio.

En el capítulo siguiente se expondrá un claro ejemplo en el que subsume una decisión de la Corte de acuerdo con las teorías de los *CLS*, sin embargo, podemos ejemplificar brevemente con dos hechos que se adecúan a la concepción de Duncan Kennedy. El primero de ellos dentro del elemento del “trabajo jurídico” por parte del juzgador y el segundo dentro del elemento de “los hechos que rodean al caso”.

Para el primer ejemplo relativo al “trabajo jurídico” por parte del juzgador hay que referirnos a una debilidad institucional de la SCJN que impacta en las decisiones judiciales y que de acuerdo con Francisca Pou Giménez derivan de deficiencias en el diseño institucional interno y externo de la SCJN.

En este caso tomaremos la problemática en el diseño institucional externo de la SCJN consistente en qué decide la Corte. Esta problemática esta ocasionada por la cantidad de casos que la SCJN tiene que resolver tanto en cuestiones de legalidad como de constitucionalidad, sin poder concentrarse en aquellos casos de mayor trascendencia política y por lo tanto para otorgarles el tiempo y esfuerzo necesario para una deliberación con mayor plenitud.<sup>345</sup>

La cantidad de resoluciones que la SCJN ha resuelto ha ido en aumento en los últimos años. Así, mientras que en 2008 resolvió 990 vías procesales del juicio de amparo (esto implica amparo directo en revisión, amparo indirecto en revisión y amparo directo) en 2012 resolvió 1634 y, si en 2008 resolvió 3676 asuntos en el 2010 resolvió 4563 y en 2011 fueron 5121.<sup>346</sup> Estas cantidades si las comparamos con la Suprema Corte de E.U.A resulta abrumadora, ya que este alto tribunal estadounidense en promedio cada año llegan alrededor de 500 casos de los cuales la Corte se declara competente para resolver entre 150 y 200. Luego entonces, podríamos presumir una alta selectividad de acuerdo con la relevancia de estos

---

<sup>345</sup> Pou Giménez, Francisca, *op. cit.*, p. 69.

<sup>346</sup> *Ibidem*, p. 77.



casos y una alta depuración de casos en Poder Judicial de E.U.A para que a la Suprema Corte solo lleguen los casos realmente importantes.<sup>347</sup>

Esta problemática en el diseño institucional externo de la SCJN trae como resultado una problemática en relación con su idoneidad como órgano deliberativo para la toma de decisiones políticas. No se pretende cuestionar la idoneidad de un tribunal constitucional o del Poder Judicial para determinar cuáles normas son inconstitucionales sino para señalar que, en el caso concreto de la SCJN, esta posee un diseño externo altamente centralizado que los satura de trabajo poco relevante para la importancia de esta institución y que merma su calidad deliberativa.

Esta problemática institucional en su diseño externo repercute por supuesto en el “trabajo jurídico” por parte del juzgador recordando que este concepto es la manipulación del cuerpo de los materiales jurídicos para obtener una resolución particular que este considera deseable. Para ejemplificarlo supongamos que tenemos un ministro de la SCJN que he denominado como “Falso Hércules” quien está comprometido con su labor como juez constitucional, con los principios de una democracia constitucional, con los principios de una división de poderes y por supuesto en el contexto actual de la SCJN con los derechos humanos. Nuestro ministro es un falso “Hércules” dworkiniano pues a pesar de poseer erudición, perspicacia y buen criterio jurídico no es ajeno a una tendencia ideológica de derecha o izquierda política, pero prepondera sobre los valores de estas ideologías su función dentro del sistema político mexicano para servir como un verdadero contrapeso en el diseño institucional de división de poderes y salvaguardar la Constitución y los derechos humanos a través del principio de supremacía constitucional. La problemática en el diseño externo de la SCJN altera el trabajo jurídico de nuestro “falso Hércules” pues la saturación de trabajo en casos de “paja” o de “relleno” pueden agotarlo física y mentalmente. Hay que recordar el concepto de “virtu” de Duncan Kennedy como la capacidad de un juzgador de manipular el

---

<sup>347</sup> Magaloni, Ana Laura, “El poder judicial” en Fernández de Castro, Rafael y Blackmore, Hazel (coords.), *¿Qué es Estados Unidos?*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 252.

cuerpo de los materiales jurídicos y obtener el resultado que él desea, de tal forma que nuestro “falso hércules” podría tener en determinados casos relevantes un detrimento en su “virtu” para obtener los resultados que el rol político actual de la SCJN le demandan obtener debido a estar desbordado de trabajo y fatigado.

El segundo ejemplo relativo a “los hechos que rodean el caso” es derivado del propio carácter político que tienen los ministros de la SCJN. Es inescapable que estos estén obligados a resolver casos donde existen intereses políticos divergentes entre diversos sectores de la sociedad, otros poderes del Estado y otros poderes fácticos. Es aquí donde estos intereses divergentes se configuran como un elemento de “los hechos que rodean al caso” y que pueden influir en la decisión judicial en torno a la presión política que puedan ejercer estos entes. Como ejemplo solo basta escuchar las palabras del ministro de la SCJN Arturo Zaldívar Lelo de Larrea quien en el año 2019 en una conferencia de prensa acusó al expresidente Felipe Calderón Hinojosa de que este lo presionó para obtener resoluciones favorables para él en relación con el caso de la guardería ABC y el caso de Florence Cassez. De acuerdo con Zaldívar su independencia judicial quedó inmaculada y no cedió ante estas presiones que no quiso detallar en qué consistieron.<sup>348</sup>

La concepción actual de la SCJN debe de entenderse más allá de que esta sea o no un “auténtico tribunal constitucional”. Para efectos de esta investigación esa es una discusión infértil pues lo que importa realmente afirmar es el carácter político que tiene esta y que tiene el mismo peso que la de los tribunales constitucionales “auténticos”.

A pesar de ser un tribunal con funciones de legalidad dentro del Poder Judicial, los ministros de la SCJN son jueces de orden político, que votan en términos de Duncan Kennedy estratégicamente en torno a un proyecto de vida personal que la ciudadanía no conoce con precisión. De acuerdo con la propia identificación institucional de la SCJN y con sus atribuciones jurídicas, este sería un

---

<sup>348</sup> “Ministro Arturo Zaldívar acusa a Calderón de presionarlo en la SCJN | Noticias con Ciro Gómez”, video de YouTube, publicado por Imagen Noticias, 10 de octubre de 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=Az-PfZkWrpA>

tribunal cuyo papel judicial debería de encuadrar en el de “juez guardián” al estilo del sistema europeo-kelseniano con la hibridación o mixtura al realizar control concreto. Esta tipología significaría la de tener una creatividad jurisprudencial baja con una alta autonomía política que se refleje en su independencia judicial para de esta forma fungir como un tribunal defensor de los derechos humanos sin restar sus facultades para resolver conflictos entre las demás instituciones del sistema de división de poderes. El problema viene en relación con que esta tipología no puede ser corroborada en la SCJN, y que tanto la independencia de este tribunal es indeterminable, así como su baja creatividad jurisprudencial ya que, si nos ceñimos a las teorías de Duncan Kennedy respecto de la decisión judicial, los ministros de la SCJN podrían llegar a “la-sentencia-a-la-que-quiero-llegar” en indeterminables ocasiones.

Lo que sigue ahora es el encuadramiento de la concepción de la decisión judicial que sostenemos basada en la teoría de los *CLS* en una de las resoluciones más controversiales de la SCJN en los últimos años. Nos referimos la revisión de la constitucionalidad de la consulta popular 1/2020 en la que se muestra en particular el trabajo individual del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y de como es que su argumentación se adecúa a la concepción de la decisión judicial de los *CLS*.

#### **CAPÍTULO 4. UNA DECISIÓN EJEMPLIFICATIVA DE ACUERDO CON LOS ESTUDIOS CRITICOS NORTEAMERICANOS: LA REVISIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA MATERIA DE CONSULTA POPULAR 1/2020 Y SU COMPARACIÓN CON LA REVISIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA MATERIA DE CONSULTA POPULAR 2/2014**

La revisión de la constitucionalidad de la materia de consulta popular 1/2020 es un ejemplo claro de una decisión judicial en la que se reflejan las teorías de los *CLS*. Esta decisión expone un caso en el cual un juzgador de acuerdo con una coyuntura política muy particular realiza un trabajo jurídico en la búsqueda de justificar su voto para que la resolución del pleno de la SCJN se encaminará a determinar la resolución deseada por él. Para el caso en concreto se utilizará la argumentación que el ministro Arturo Zaldívar realizó en dos procedimientos similares donde debió de haber utilizado los mismos razonamientos para obtener resultados similares y sin embargo no fue así ya que utilizó razonamientos divergentes para justificar un resultado divergente que no debió de haberlo sido.

En este apartado no pretendemos concluir que el trabajo jurídico realizado por el ministro Zaldívar lo convierte en un hombre afín de una ideología de izquierda o de derecha, sino que la justificación que otorgó en esta revisión de la materia de consulta popular se contradice con los criterios que él mismo otorgó en un procedimiento similar realizado inmediatamente antes, por lo que lo que es una decisión que contiene una argumentación jurídica lo suficientemente débil para poder concluir que fue tomada como una decisión política.

Si bien en estos dos casos la pregunta a consultar y la materia de esta no eran los mismos, los criterios esgrimidos por el ministro Zaldívar en el caso más antiguo son argumentados como parámetros generales de observancia obligatoria en todos los procedimientos para revisar la constitucionalidad de la materia de una consulta popular, por lo que resulta por lo menos incongruente si no es que sospechoso que no los haya utilizado en la revisión de la materia de consulta popular 1/2020 y no solo eso sino que en este procedimiento utilizó diversos argumentos para inaplicar los criterios universales que él mismo sostuvo antes.

El trabajo realizado en este caso por el ministro Zaldívar ejemplifica las inevitables tensiones que ocurren en una división de poderes con un Poder Ejecutivo que tiene los medios políticos fuera de la ley para realizar su voluntad ejerciendo medios coercitivos en contra de las otras instituciones de esta división. Ante estas facultades políticas del ejecutivo la respuesta del ministro Zaldívar consistió en amoldar un cuerpo del material jurídico bastante laxo que no le opuso restricciones para otorgar una resolución contraria a la otra que había otorgado inmediatamente antes en un caso similar.

#### **4.1 Descripción procesal de ambos casos**

A continuación, se realizará en una descripción parcial del trabajo de la SCJN resumiendo los aspectos más importantes y trascendentales de ambos procedimientos para efectos de este trabajo. A pesar de omitir la descripción de algunos actos procesales como puede ser la descripción del voto particular de un ministro, no se pretende a partir de una presentación sesgada llegar a la conclusión de un trabajo jurídico para obtener una resolución conforme a la preferencia ideológica del juzgador. La omisión de algunos actos procesales obedece simplemente a que son contingentes en la comprobación de nuestra hipótesis y dado que es vano hacer con más lo que se puede hacer con menos la supresión de estos se encuentra justificada.

Para fines prácticos los aspectos relevantes en la siguiente revisión y proyecto de revisión son los criterios que la SCJN utilizó para obtener el objeto de la materia de consulta popular, así como la justificación para considerar que este objeto es inconstitucional de acuerdo con las materias de consulta vedadas por el numeral 3o de la fracción VII del artículo 35 constitucional. Para ello se describirá el análisis que la SCJN realizó para delimitar su objeto de estudio siendo la interpretación de la fracción VII del artículo 35 constitucional y el artículo 26 de la Ley Federal de Consulta Popular (de ahora en adelante LFCP).

La descripción y análisis del voto concurrente del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea en la revisión de consulta popular 2/2014 y la omisión de los votos

concurrente o particulares de los demás ministros en este caso se dan en atención a que la inspección de la decisión judicial conforme a lo que expusimos en el capítulo 1 se da de forma individual por lo que el trabajo de los otros ministros de la SCJN se adecuará solamente dentro de los hechos que rodean el caso o en el cuerpo de los materiales jurídicos, más su exposición en este medio resulta innecesaria para el análisis del trabajo jurídico realizada por un individuo.

#### **4.1.1 La revisión de constitucionalidad de la materia de consulta popular**

La consulta popular es un mecanismo de participación política que es en términos de Maurice Duverger una institución de democracia semidirecta en la que se encuentran también el referéndum y el plebiscito. Estos mecanismos son “semidirectos” ya que funcionan principalmente en sistemas de democracia indirecta representativa y las principales decisiones tomadas en el sistema político no se toman de forma directa, por lo que estos mecanismos son una especie de colaboración entre los ciudadanos y el gobierno para la toma de decisiones, pero en un papel secundario.<sup>349</sup>

En el caso de México estos mecanismos de democracia semidirecta han sido más bien escasos y su regulación jurídica es de reciente creación. La consulta popular se reguló por primera vez en la Constitución a partir de las reformas constitucionales del 9 de agosto de 2012 y del 10 de febrero de 2014. La primera de estas reformas consistió en la incorporación de la consulta popular en la fracción VII del artículo 35 y en la fracción III del artículo 36. La segunda de estas fue la adición del artículo cuarto transitorio constitucional el cual condiciona la entrada en vigor de la modificación anterior del artículo 35 a la entrada en vigor de la LFCP que reglamenta este artículo.<sup>350</sup> La adición de la consulta popular quedó regulada de esta manera:

Artículo 35. Son derechos del ciudadano:

---

<sup>349</sup> Duverger, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1992, p. 83.

<sup>350</sup> Escobar Aubert, Luis, “La consulta popular en México” en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, Vol. 64, No. 262, 2014, p. 197.

...

VIII. Votar en las *consultas populares* sobre temas de trascendencia nacional, las que se sujetarán a lo siguiente:

1o. Serán convocadas por el Congreso de la Unión a petición de:

a) El Presidente de la República;

b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de cualquiera de las Cámaras del Congreso de la Unión; o

c) Los ciudadanos, en un número equivalente, al menos, al dos por ciento de los inscritos en la lista nominal de electores, en los términos que determine la ley. Con excepción de la hipótesis prevista en el inciso c) anterior, la petición deberá ser aprobada por la mayoría de cada Cámara del Congreso de la Unión,

2o. Cuando la participación total corresponda, al menos, al cuarenta por ciento de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores, el resultado será vinculatorio para los poderes Ejecutivo y Legislativo federales y para las autoridades competentes;

3o. No podrán ser objeto de consulta popular la restricción de los derechos humanos reconocidos por esta Constitución; los principios consagrados en el artículo 40 de la misma; la materia electoral; los ingresos y gastos del Estado; la seguridad nacional y la organización, funcionamiento y disciplina de la Fuerza Armada permanente. La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolverá, previo a la convocatoria que realice el Congreso de la Unión, sobre la constitucionalidad de la materia de la consulta;

4o. El Instituto Federal Electoral tendrá a su cargo, en forma directa, la verificación del requisito establecido en el inciso c) del apartado 1o. de la presente fracción, así como la organización, desarrollo, cómputo y declaración de resultados;

5o. La consulta popular se realizará el mismo día de la jornada electoral federal;

6o. Las resoluciones del Instituto Federal Electoral podrán ser impugnadas en los términos de lo dispuesto en la fracción VI del artículo 41, así como de la fracción III del artículo 99 de esta Constitución; y

7o. Las leyes establecerán lo conducente para hacer efectivo lo dispuesto en la presente fracción.

La LFCP fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de marzo de 2014 y contiene en ella los procedimientos y condiciones necesarias para llevar cabo una consulta popular. En la sección quinta de esta ley se regula el procedimiento para la convocatoria de la consulta y bajo cualquier supuesto de petición, sea hecha por el presidente de la República, el Congreso o la ciudadanía, el presidente de la Mesa Directiva de la cámara que corresponda de acuerdo con el

supuesto de petición le enviara la petición a la SCJN para que esta decida la constitucionalidad de la materia de consulta a través de la revisión de constitucionalidad de la materia de consulta popular.

La revisión de constitucionalidad de la materia de consulta popular es un procedimiento constitucional que consiste en un análisis por parte de la SCJN de la correspondencia con los preceptos constitucionales de la materia de consulta que deriva de la pregunta formulada. Este procedimiento debe hacerse conforme a los siguientes supuestos contenidos en la fracción II del artículo 26 de la Ley Federal de Consulta Popular:

- I) Resolver sobre la constitucionalidad de la materia de la consulta popular y revisar que la pregunta derive directamente de la materia de la consulta; no sea tendenciosa o contenga juicios de valor; emplee lenguaje neutro, sencillo y comprensible, y produzca una respuesta categórica en sentido positivo o negativo.
- II) Realizar las modificaciones conducentes a la pregunta, a fin de garantizar que la misma sea congruente con la materia de la consulta y cumpla con los criterios enunciados en el inciso anterior.

La SCJN es el único órgano legitimado para conocer este procedimiento y tiene un plazo de veinte días naturales para notificar a la cámara correspondiente el sentido de su resolución. La decisión judicial se obtiene a través de la votación del pleno de la Corte a través de una mayoría simple y la decisión es inatacable.

La revisión de constitucionalidad de la materia de consulta popular es un procedimiento que solo se ha llevado a cabo en cinco ocasiones siendo estas las revisiones 1/2014, 2/2014, 3/2014, 4/2014 y 1/2020, por lo que es un procedimiento que en la actualidad cuando sea recibido por la SCJN para efectos prácticos se encontrará en la terminología de Duncan Kennedy frente a un “caso de primera impresión” ya que lo regulado en el artículo 26 de la Ley Federal de Consulta Popular solamente sostiene que la SCJN debe pronunciarse de la constitucionalidad de la materia, revisar que la pregunta no esté viciada lingüísticamente y en dado caso corregir la pregunta si la materia es constitucional pero la pregunta no está



bien formulada. Este procedimiento tiene como parámetro principal la fracción VII en su numeral 3o del artículo 35 constitucional y solamente en conjunto con el artículo 11 y la fracción II del artículo 26 de la LFCP representan los únicos enunciados normativos que siempre se aplican en este procedimiento, por lo que tenemos un numero reducidísimo de resoluciones de este tipo que se han llevado a cabo así como un constreñimiento normativo prácticamente inexistente en la decisión de los ministros de la SCJN derivado de una regulación jurídica laxa que no otorga suficiente fuerza normativa como para reducir la amplia discrecionalidad judicial en el trabajo jurídico que estos realizan.

#### **4.1.2 La revisión de constitucionalidad de la materia de consulta popular 2/2014**

En este primer caso que servirá de contraste para el siguiente fue una revisión de constitucionalidad resuelta el 29 de octubre de 2014 siendo una de las primeras resueltas por la SCJN, en ella se determinó la constitucionalidad de la materia de consulta que se hacía a través de la siguiente pregunta:

¿Estás de acuerdo en que la Ley Federal del Trabajo establezca que la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos fije un nuevo salario mínimo que cubra todas las necesidades de una familia para garantizar al menos la línea de bienestar determinada por el CONEVAL?<sup>351</sup>

En el proyecto de resolución presentado por el entonces ministro José Ramón Cossío Díaz primero determinó a partir de las funciones y atribuciones del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (de ahora en adelante CONEVAL) la materia de la consulta popular, siendo esta la modificación a la Ley Federal del Trabajo para que la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos (de ahora en adelante CONASAMI) tenga claramente reglamentada su atribución de fijar un nuevo salario mínimo, ajustando a la línea de bienestar que establece el CONEVAL y con ello garantizar las necesidades de un trabajador y su familia, y si

---

<sup>351</sup> Revisión de constitucionalidad de la materia de consulta popular 2/2014, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: José Ramón Cossío Díaz, 29 de octubre de 2016, p. 1.

se encuentra acorde tanto con los instrumentos internacionales de los que México forma parte como con la propia Constitución Federal.<sup>352</sup>

La revisión constitucional determinó en primer lugar la inconstitucionalidad de la materia de consulta ya que esta materia se encuadra en el ámbito vedado de los ingresos y gastos del Estado ya que, si bien aparentemente la pregunta a consultar no refiere directamente a este ámbito vedado, el concepto de salario mínimo está estrechamente vinculado a él y para ello la Corte ejemplificó como el salario mínimo es un standard ampliamente utilizado en la determinación de activos y pasivos fiscales.

En segundo lugar la revisión determinó que la materia de consulta es restrictiva de derechos humanos ya que intercambia el parámetro constitucional de determinación del salario mínimo (el párrafo 2º de la fracción VI del artículo 123 constitucional por un parámetro de legalidad que se encontraría en la Ley Federal del Trabajo y que se determinaría conforme la línea de bienestar establecida por el CONEVAL, línea que se define a través de la medición de la pobreza como parámetro que identifica a la población que no cuenta con recursos suficientes para satisfacer sus necesidades alimentarias y no alimentarias). Sin embargo, este parámetro no se adecúa con los parámetros contenidos en la fracción sexta del apartado A del artículo 123 constitucional y por lo tanto se menoscabaría el derecho humano al salario mínimo.<sup>353</sup>

La votación del proyecto realizado por el ministro José Ramón Cossío Díaz obtuvo un categórico 10-0 a favor y el voto faltante pertenecía al ministro Sergio A. Valls Hernández quien por motivos de salud había pedido licencia para ausentarse. Dentro de esta votación hubo dos votos particulares y tres votos concurrentes, dentro de los cuales para analizar el trabajo ideológico de los jueces es necesario revisar el voto concurrente del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

En su voto concurrente el ministro Arturo Zaldívar discrepó con el proyecto de revisión en torno a la determinación del objeto de la materia de consulta ya que

---

<sup>352</sup> *Ibidem*, pp. 6-9.

<sup>353</sup> *Ibidem*, pp. 9-10.

la revisión de constitucionalidad de consulta popular 2/2014 determinó la materia de consulta a través de deducir el propósito que esta misma persigue (que en ese caso sería modificar la Ley Federal del Trabajo para que la Comisión Nacional de Salarios Mínimos tenga claramente reglamentada su atribución de fijar un nuevo salario mínimo, ajustado a la línea de bienestar que establece el CONEVAL y con ello garantizar las necesidades del trabajador y su familia, y se encuentra acorde tanto con los instrumentos internacionales de los que México forma parte, como con la Constitución Federal), sin embargo, el ministro Arturo Zaldívar afirma que de ser así la materia de consulta sería constitucional ya que el objeto de esta sería garantizar un salario mínimo acorde a la Constitución y los tratados internacionales.<sup>354</sup>

Para Zaldívar el propósito que la consulta persigue no es la modificación de la Ley Federal del Trabajo, sino que el aspecto teleológico de la consulta se haya en el “documento de intención” que se encuentra en la petición de consulta popular que el congreso entrega a la SCJN y que Zaldívar identifica como el tema de la consulta que en este caso era el “ingreso digno para los trabajadores”.

El ministro Zaldívar afirma de esta forma que el ministro Cossío confundió el medio procedimental para realizar los fines de la consulta con el objeto de materia de esta, además de que obtuvo el objeto de materia de la consulta a través de interpretar solamente la pregunta de consulta, sin tomar en cuenta la materia de consulta contenida en la exposición de motivos de la petición de consulta popular.

En relación con la constitucionalidad del objeto de consulta, el ministro Zaldívar afirmó que:

[...] la Constitución expresamente establece que el objeto de la consulta debe ser constitucional. La determinación del objeto de la consulta popular se realiza analizando de manera conjunta, la materia que se señala como tal en la *petición ciudadana* y la pregunta que en ésta se formula. Es la pregunta la que se someterá a votación de la ciudadanía, por lo que

---

<sup>354</sup> Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, VOTO CONCURRENTES QUE FORMULA EL MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA, EN TORNO A LAS CONSIDERACIONES SUSTENTADAS EN LA REVISIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE CONSULTA POPULAR 2/2014, Engrose a la Revisión de constitucionalidad de la materia de consulta popular 2/2014, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: José Ramón Cossío Díaz, 29 de octubre de 2016, p. 2

el análisis de la constitucionalidad de una consulta popular no puede estar dissociado del estudio de la pregunta.<sup>355</sup>

A través de este razonamiento el ministro concluye que el objeto de la materia de consulta no sería garantizar un salario mínimo acorde a la Constitución y los tratados internacionales, sino de acuerdo con él:

[...] solo del estudio conjunto de la materia y de la pregunta es que se puede inferirse el objeto de la consulta. En este sentido, considero que el objeto de la consulta consistía en decidir “si debe tomarse en cuenta la línea de bienestar calculada por el CONEVAL en la fijación del salario mínimo”. Es sobre dicho concepto que me pronuncié por la inconstitucionalidad de la consulta, en tanto, desde mi perspectiva, restringe el contenido del derecho al salario mínimo.  
356

Las últimas dos citas textuales nos hace deducir que el objeto de la materia de consulta se obtiene a través del análisis en conjunto de dos elementos: La pregunta a consultar y la materia de consulta, ambas contenidas en las peticiones de consulta que el Poder Legislativo le entrega a la SCJN.

De esta forma el ministro Zaldívar obtuvo elementos de análisis distintos respecto de los que realizó el ministro Cossío, aunque a pesar de esto el sentido de su voto acompañó al proyecto, pero no por las razones que este contenía. Además de esto el argumento que realizó en relación con el análisis de la constitucionalidad de una consulta popular, se deduce que tiene un carácter universal en la realización de este procedimiento constitucional, y por lo tanto todas las revisiones a la constitucionalidad de la materia de consulta popular deberían de realizarse conforme a la no disociación de la materia y de la pregunta de consulta.

#### **4.1.3 El proyecto de revisión de constitucionalidad de la materia de consulta popular 1/2020**

---

<sup>355</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>356</sup> *Ibidem*, p. 2.

Este proyecto de revisión fue producto de la petición de consulta popular entregada el 2 de septiembre de 2020 por la Presidencia de la Cámara de Senadores a la SCJN y fue realizada por el presidente Andrés Manuel López Obrador (de ahora en adelante AMLO). De esto se deduce que de acuerdo con el artículo 5 de LFCP que la calificación de trascendencia nacional no sería objeto de estudio por la SCJN ya que cuando el peticionario es el presidente de la República quien realizará este estudio es la mayoría de los legisladores de la Cámara correspondiente.

El proyecto de revisión de constitucionalidad tuvo como ponente al ministro Luis María Aguilar Morales quien para determinar el objeto de la materia de consulta popular afirmó la necesidad de emplear el criterio utilizado por el ministro Arturo Zaldívar en su voto concurrente de la revisión de constitucionalidad de la materia de consulta popular 2/2014 de esta manera:

Para determinar el objeto de la consulta popular es necesario analizar de manera conjunta la materia que se señala como tal en la *petición de consulta popular* y la pregunta que en ésta se formula, pues el análisis de la constitucionalidad de una consulta popular no puede estar dissociado del estudio de la pregunta.<sup>357</sup>

De tal forma que para obtener el objeto de la materia de consulta el ministro Luis María Aguilar tomó los argumentos contenidos en la exposición de motivos de consulta realizada por AMLO que aludían de acuerdo con él al periodo neoliberal de 1988 a 2018 en que los gobernantes implementaron políticas económicas empobrecedoras además de permitir la impunidad en la administración de justicia así como políticas criminales que resultaron en el incremento en la inseguridad y violencia, con la pregunta realizada que era esta:

¿Está de acuerdo o no con que las autoridades competentes, con apego a las leyes y procedimientos aplicables, investiguen, y en su caso sancionen, la presunta comisión de delitos por parte de los expresidentes Carlos Salinas de Gortari, Ernesto Zedillo Ponce de León, Vicente Fox Quesada, Felipe Calderón Hinojosa y Enrique Peña Nieto antes, durante y después de sus respectivas gestiones?<sup>358</sup>

---

<sup>353</sup> Proyecto de Revisión de constitucionalidad de la materia de consulta popular 2/2020, Ponente: Luis María Aguilar Morales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020, p. 13.

<sup>358</sup> *Ibidem*, p. 7.

A partir de estos dos elementos el ministro Luis María Aguilar consideró que el objeto de la materia de consulta en este caso consistía en:

[...] consultar al pueblo de México si está de acuerdo o no en que las autoridades competentes —Fiscalía General de la República y fiscalías de los estados, Poder Judicial de la Federación y poderes judiciales de los estados, las policías y cualquiera otra que tenga atribuciones— investiguen y, de resultar fundada sancionen penalmente a los expresidentes de México referidos en el escrito de solicitud.<sup>359</sup>

Una vez delimitado el objeto de la materia de consulta el ministro Luis María Aguilar expuso en total cinco criterios por los cuales el objeto de la materia de consulta era inconstitucional, a esta concurrencia la denominó como un “concierto de inconstitucionalidades” y que consistía en las siguientes violaciones a la Constitución:<sup>360</sup>

- A) Restricción de derechos humanos. Condicionamiento de su eficacia y validez por el resultado de la consulta: Citando a Ronald Dworkin y a Luigi Ferrajoli, el ministro Aguilar alude a que los derechos humanos tienen un carácter contramayoritario y que forman parte de una esfera de lo indecible, en este sentido una consulta popular no puede tener como objeto poner a decisión si las autoridades deben proteger los derechos humanos de acuerdo con el artículo 1º constitucional puesto que en caso hipotético de que el resultado de consulta fuera negativo daría como resultado la no investigación, no persecución y no sanción de los delitos cometidos en este periodo.<sup>361</sup>
- B) Restricciones de los derechos de acceso a la justicia y a obtener medidas de restitución y reparación de las víctimas u ofendidos de los delitos: Aludiendo a los artículos 17 y 20 de la Constitución, esta consulta pondría en riesgo los derechos de las víctimas y los ofendidos resultantes de los delitos cometidos en este periodo pues se condiciona la posibilidad de que la autoridad repare el daño ocasionado sumado a la obligación que tiene el Estado mexicano a denunciar e investigar cualquier delito para sancionar estos sucesos. El

---

<sup>359</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>360</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>361</sup> *Ibidem*, p. 21.

ministro Aguilar además señaló que la consulta señala la posibilidad de investigar violaciones sistemáticas a derechos humanos por lo cual la consulta condicionaría la tutela de un interés perteneciente a toda la sociedad.<sup>362</sup>

- C) Violación a la presunción de inocencia de las personas y riesgo a la viabilidad de futuras investigaciones y procesos penales: La exposición mediática y el escrutinio público de las personas a través de esta consulta podría resultar en la estigmatización de culpabilidad frente a las futuras partes del proceso vulnerando su presunción de inocencia.<sup>363</sup>
- D) Restricciones a las garantías para la protección de los derechos humanos en relación con las instituciones de procuración de justicia: La noticia de conductas constitutivas de delitos o de violaciones a derechos humanos obligan al Estado mexicano a investigar, perseguir y en su caso sancionarlas conforme a los principios del debido proceso y a las garantías de la persona imputada. Tanto la Constitución como el Código Nacional de Procedimientos Penales contienen los mecanismos jurídicos para permitir que cualquier persona que tenga elementos que le hagan suponer la existencia de un delito, denuncié y se le obligue al Ministerio Público la investigación y persecución del delito. De tal forma que la materia de consulta compromete al Ministerio Público y a la procuración de justicia a la voluntad de una mayoría.<sup>364</sup>
- E) Violación al principio de igualdad: Esta violación de acuerdo el ministro Luis María Aguilar se actualiza cuando la ley hace una distinción injustificada en la aplicación de las personas por las que esta Consulta injustificadamente otorga un trato desigual a unas personas sometiendo la investigación de presuntas conductas delictivas al escrutinio público mientras que al resto de la población no se les da el mismo tratamiento.<sup>365</sup>

---

<sup>362</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>363</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>364</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>365</sup> *Ibidem*, p. 42.

Este proyecto posteriormente fue resuelto por el pleno de la SCJN el día 1 de octubre de 2020 y a través de una votación 5-6 fue rechazado con lo cual fue declarado constitucional el objeto de la materia de consulta.

#### **4.2 Críticas a la decisión judicial en la resolución del proyecto de revisión de constitucionalidad de la materia de consulta popular 1/2020**

La resolución del proyecto de revisión de constitucionalidad de la materia 1/2020 refleja tanto la toma de una decisión política que busca parecer como jurídica a través de recursos argumentativos, así como la indeterminación del derecho y el trabajo jurídico por parte del juzgador. Está contextualizada bajo una coyuntura política particular que como “hechos que rodean el caso” fueron un factor político decisivo en el trabajo jurídico realizado por el ministro Arturo Zaldívar para poder negar el proyecto de revisión que tenía tanto un sustento jurídico como teórico que en un inicio parecerían que estuviésemos frente a un caso fácil dentro de un campo minado.

A continuación, se procederá encuadrar el trabajo argumentativo del ministro Zaldívar en la teoría de la decisión judicial de Duncan Kennedy, para ello se realizará un análisis del trabajo argumentativo que el ministro sustentó y que está contenido en su participación, siendo como tal la primera de todos los ministros en la sesión del 1 de octubre del 2020.

Este encuadramiento a las teorías de los *CLS* se llevará a cabo atacando los dos eslabones más débiles de toda su argumentación siendo estos la “aproximación deferente” que el ministro realizó en el análisis del objeto de consulta de la revisión de constitucionalidad y la “disociación a la pregunta” como elemento que muestra las contradicciones entre el uso de sus criterios para resolver casos similares.

El primero de estos elementos representa entonces una forma de conducta positiva, ya que a través de esta aproximación el ministro condujo su argumentación en vías de declarar constitucional el objeto de la materia de consulta para que de forma



consecuencialista la Corte realizará una supuesta defensa a la democracia y a los derechos políticos del ciudadano.

Por otra parte, el segundo de estos elementos se manifiesta como una forma de conducta negativa ya que la “disociación de la pregunta” representa una contradicción entre el criterio utilizado por él mismo en el caso similar anteriormente resuelto y los criterios que utiliza en este caso que precisamente disocian la pregunta de la materia del objeto de consulta. De tal forma que en el caso que recibe la crítica, el ministro omite utilizar sus propios criterios anteriores sin una razón aparente que justifique dicha ausencia.

#### **4.2.1 La resolución del proyecto de revisión de constitucionalidad de la materia de consulta popular 1/2020**

El día 1 de octubre de 2020 la SCJN sesionó en pleno para revisar el proyecto realizado por el ministro Luis María Aguilar Morales respecto de la constitucionalidad de la materia de consulta 1/2020. Con una votación 5-6 el proyecto fue rechazado y por lo tanto la materia de consulta popular fue declarada constitucional.

Los ministros Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Juan Luis González Alcántara Carranca, Yasmín Esquivel Mosso, Margarita Ríos Farjart, Alberto Pérez Dayán y el ministro presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea se posicionaron en contra del proyecto, mientras que los ministros José Fernando González Salas, Luis María Aguilar Morales, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Norma Lucía Piña Hernández y Javier Laynez Potisek se posicionaron a favor del proyecto.

Posteriormente una vez que fue declarado constitucional el objeto de la materia de consulta, la SCJN de acuerdo con el inciso b de la fracción II del artículo 22 de la LFCP modificó de esta manera la pregunta para “garantizar que esta fuese congruente con la materia de la consulta y utilizase un lenguaje neutro, sencillo y comprensible sin ser tendenciosa para obtener una respuesta categórica en sentido negativo o positivo”:

“¿Estás de acuerdo o no en que se lleven a cabo las acciones pertinentes, con apego al marco constitucional y legal, para emprender un proceso de esclarecimiento de las decisiones políticas tomadas en los años pasados por los actores políticos, encaminado a garantizar la justicia y los derechos de las posibles víctimas?”.<sup>366</sup>

#### **4.2.2 Crítica a la “aproximación deferente” en la argumentación del ministro Arturo Zaldívar**

He denominado “interpretación deferente” a la línea de trabajo interpretativo y argumentativo utilizada por el ministro Arturo Zaldívar para justificar su voto y de esta manera poder declarar constitucional el objeto de la materia de consulta popular 1/2020. En otras palabras, de antemano existió una decisión política de votar en contra del proyecto de revisión y a través de un trabajo jurídico justificar esta decisión preexistente, haciendo una restructuración jurídica de los fines políticos que él perseguía. Este trabajo jurídico es la interpretación deferente.

El término de “aproximación deferente”<sup>367</sup> lo incorporó el propio ministro Zaldívar desde el preámbulo de su intervención en el análisis de la revisión de la materia de consulta popular 1/2020 con estas palabras:

---

<sup>366</sup> Revisión de la constitucionalidad de la materia de consulta popular 1/2020, Encargado del Engrose: Luis María Aguilar Morales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 33.

<sup>367</sup> La deferencia judicial o auto restricción es un concepto originado principalmente de las tensiones entre poderes y es utilizado por los tribunales para sanear en parte la problemática de la discreción y el activismo judicial. En este caso, irónicamente la deferencia judicial es precisamente utilizada como el recurso argumentativo por parte del ministro Zaldívar a través del cual explotará para obtener una decisión política tomada con antelación antes de realizar un análisis auténtico del caso concreto y las normas jurídicas relacionadas a este.

La deferencia judicial supone por una parte una actitud de respeto hacia la actividad estatal entre los órganos públicos y por otra el respeto y reconocimiento a las esferas competenciales a las decisiones de estas. Un ejemplo de deferencia judicial puede ser la presunción de constitucionalidad por parte del Poder Judicial hacia los actos del legislador. La deferencia judicial se aplica también al reconocimiento de autonomía en cierto grado a la actividad del Poder Ejecutivo.

En este último aspecto la deferencia judicial es un concepto que se ha manifestado principalmente en el derecho administrativo de E.U.A a través de la doctrina “Chevron”. Esta doctrina se consolidó en 1984 a través del caso *Chevron U.S.A., Inc. Vs Natural Resources Defense Council, Inc.* A través de esta doctrina, los tribunales cuando exista un litigio relativo a derecho administrativo en el que se cuestionen actos administrativos en materias altamente técnicas y especializadas cuyo

[...] cuando ejercemos la competencia revisora que la Constitución nos asigna, debemos ser muy cuidadosos de no frustrar indebidamente los objetivos del mecanismo de consulta y, con ello, este derecho ciudadano. El poder que se deposita en nosotros de decidir que una consulta no puede realizarse, debe ejercerse con plena conciencia de la responsabilidad que entraña. Vedar la posibilidad de que las personas ejerzan su derecho a la participación política es algo que no debemos hacer a la ligera. Esta visión exige, a mi juicio, adoptar una aproximación deferente a la consulta, que evite una interferencia indebida con la deliberación colectiva. Las implicaciones de esta posición deferente son, por un lado, que la única razón que nos autoriza a impedir esta expresión, es la actualización de alguna de las prohibiciones del artículo 35 de la Constitución General, las cuales deben ser interpretadas de manera estricta; y por otro, que debemos interpretar la materia de la consulta y la formulación de la pregunta, de manera tal que se favorezca su procedencia, en armonía con todos los principios constitucionales aplicables.<sup>368</sup>

Esta aproximación deferente nos muestra el hilo conductor de su trabajo argumentativo; es decir, una interpretación de la ley que busque ser lo más flexible, laxa y que abra todas las posibilidades para favorecer la procedencia de la consulta popular 1/2020. Por otra parte, la explicitación de la interpretación deferente como aproximación al caso en el discurso del ministro Zaldívar no es otra cosa que una parte de su trabajo argumentativo en torno a justificar la necesidad de dar cabida a la consulta popular 1/2020 como un mecanismo para fortalecer la democracia participativa en el país, proteger los derechos humanos y que el papel de la SCJN consista en no ser un impedimento para abrir dichos canales democráticos en beneficio de la sociedad.

---

conocimiento es ajeno al del juzgador, este deberá dar deferencia a la interpretación de la ley administrativa de quienes realicen dicho acto. Para ello es necesario que la ley administrativa relativa sea clara y precisa, mientras esto sea así el tribunal no entrará a examinar las cuestiones técnicas y especializadas que las agencias administrativas quieran implementar mientras exista certeza de que estas realicen la intención precisa y clara del legislador. Por lo tanto, si la ley es clara, la interpretación que una agencia administrativa haga de la aplicación de una ley se considerará razonable y los tribunales realizarán esta deferencia con motivo de que se considera que la agencia es experta en la materia y en los conocimientos técnicos que esta implica. (Ventura Rodríguez, Enrique Manuel, *Deferencia y discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho administrativo*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2010, pp. 20-32.).

<sup>368</sup> SCJN Sesión remota del Pleno de la SCJN 01 de octubre de 2020, video de YouTube, 46:49, publicado por Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1 de octubre de 2020, <https://www.youtube.com/watch?v=2uziQOeiVZA&t=2603s>

Esta “interpretación deferente” trae como resultado una serie de inconsistencias en su argumentación en un plano lógico, tanto con respecto a la interpretación de la fracción VII del artículo 35 constitucional como en relación con el criterio de determinación de la constitucionalidad del objeto de la materia de consulta que él mismo había utilizado en la resolución anterior de este tipo.

La primera contradicción lógica la tenemos en la interpretación que el ministro Zaldívar realiza respecto del numeral 2o de la fracción VII del artículo 35 constitucional. La anterior norma jurídica es relativa a la vinculatoriedad de la consulta popular prescribe lo siguiente:

Artículo 35

...

VII.

...

2o. Cuando la participación total corresponda, al menos, al cuarenta por ciento de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores, el resultado será vinculatorio para los poderes Ejecutivo y Legislativo federales y para las autoridades competentes;

Debido a la posibilidad de que el resultado de la pregunta fuera negativo y de esta forma las instituciones de impartición de justicia estuviesen obligadas a no realizar sus funciones estatales de investigar, perseguir y en su caso sancionar a los expresidentes mencionados en la pregunta, el ministro Zaldívar realizó la siguiente interpretación del anterior precepto constitucional para de esta manera otorgarle un carácter no vinculante a la consulta independientemente del porcentaje de participación ciudadana:

[...] un primer supuesto en el que una consulta no tendrá efectos vinculantes, es aquél en el que no se alcance el umbral de participación que la Constitución establece. Pero, a mi juicio, hay otro supuesto en el que los resultados de una consulta no tendrán vinculatoriedad para todas las autoridades relacionadas con el tema de la consulta, a saber: cuando involucre autoridades cuyas atribuciones solo puedan *ejercerse o no ejercerse* en los casos y supuestos estrictamente señalados en la Constitución y las leyes. Es decir, cuando las autoridades competentes estén constreñidas a actuar o no actuar en función de supuestos normativos de observancia obligatoria.

Tal es el caso de las autoridades de procuración e impartición de justicia. Los artículos 14, 16, 17, 19, 20 y 21 de la Constitución, así como los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por nuestro país, sujetan la impartición de justicia a principios fundamentales, como el de *legalidad, objetividad, imparcialidad e independencia, debido proceso y presunción de inocencia*, los cuales *blindan* esta función de cualquier influencia, motivación o factor que no sea el cumplimiento estricto de la Constitución y las Leyes.<sup>369</sup>

El ministro Zaldívar afirma realizar una interpretación que da como resultado la interpretación estricta de la Constitución, pero esto no es así ya que los artículos 14, 15, 16, 17, 19, 20 y 21 de la Constitución que el ministro Zaldívar menciona no contienen ningún supuesto de excepción en su aplicación relativa a la consulta popular, por lo que afirma que su aplicación debe ser estricta, sin embargo la interpretación que hace del numeral 2o de la fracción VII del artículo 35 constitucional es bastante laxa ya que a pesar de que este precepto no contiene tampoco ningún supuesto de excepción en su aplicación con relación a los artículos constitucionales relativos a la impartición de justicia, el ministro Zaldívar incorpora esta excepción sin contar con ningún fundamento jurídico, de tal forma que a través de este elemento discrecional estaría por lo tanto invalidando la aplicación estricta del artículo 35 constitucional.

La contradicción lógica en la argumentación del ministro Zaldívar se actualiza al romper el principio lógico de contradicción, que de acuerdo con Eduardo García Máynez este expresa que dos juicios contradictorios no pueden ser ambos verdaderos y que traducido en términos jurídicos afirma que dos normas de derecho contradictorias no pueden ser válidas ambas.<sup>370</sup> De antemano hay que afirmar que cualquier precepto normativo contenido en la Constitución debe presumirse constitucional pero bajo la luz de lo expuesto por el ministro Zaldívar el numeral 2o de la fracción VII del artículo 35 sería inconstitucional ya que su aplicación estricta obligaría en este caso a la inaplicación de los artículos relativos a la administración

---

<sup>369</sup> Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, INTERVENCIÓN DEL MINISTRO PRESIDENTE ARTURO ZALDÍVAR EN LA REVISIÓN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA MATERIA DE CONSULTA POPULAR 1/2020, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1 de octubre de 2020, pp. 7-8.

<sup>370</sup> García Máynez, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, México, Fontamara, 2016, p. 25.

de justicia que obligan a las autoridades correspondientes a la investigación, persecución y sanción de actividades delictivas.

La aproximación deferente de esta manera se convierte como recurso argumentativo en una “chistera argumentativa” la cual es peligrosa ya que a partir de esta se podrá sacar de esta en casos futuros cualquier tipo de justificación para la inaplicación de un precepto constitucional apelando a la protección, promoción y defensa de los derechos humanos y así como a la necesidad de implementar mecanismos que refuerzan el estatus democrático de un país.

Por lo que concierne a la aproximación deferente como trabajo jurídico realizado por el ministro Zaldívar, esta es posible debido al concepto de indeterminación del derecho sostenido por los *CLS* sumado a que en el caso del procedimiento de revisión de constitucionalidad de la materia de consulta popular la legislación otorga un cuerpo de los materiales jurídicos con un espectro de discrecionalidad enorme ya que no hay normas jurídicas suficientes como para crear una sensación de restricción en el juzgador que le haga pensar que no tendrá la objetividad externa necesaria y por lo tanto este pueda creer que con relativa facilidad podrá realizar una argumentación convincente para llegar a “la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar”.

Es por esto por lo que la “aproximación deferente” en la intervención del ministro Zaldívar se convierte en el “efecto corruptor” de toda su argumentación ya que esta aproximación crea un efecto dominó que conforme va avanzando en la justificación sus premisas las derrumba, pues la última premisa a justificar se justifica en otra premisa que se presumirá equivocada.

#### **4.2.3 Crítica a la “disociación de la pregunta” respecto de la materia de consulta en la argumentación del ministro Arturo Zaldívar**

El criterio fundamental utilizado por el ministro Zaldívar en la revisión de constitucionalidad de la materia de consulta popular 2/2014 era la condición necesaria de analizar la pregunta realizada con la materia de consulta contenida en

la de la petición de consulta popular para de esta forma obtener el objeto de la materia de consulta.

En este caso el ministro Zaldívar menciona que para determinar el objeto de la materia de consulta es necesario analizar de manera conjunta la materia y la pregunta. La materia de consulta en este sentido se entendería como el elemento sustancial que se pretende consultar, mientras que la pregunta es el elemento instrumental en el que, a través de consultar la realización de una conducta, la autoridad estaría conociendo una respuesta categórica para llevarla a cabo o no. Es de esta manera que el objeto de la materia de consulta sería la modificación de fondo relativa a una materia en particular llevada a cabo a través de la conducta contenida en la pregunta consultada (por ejemplo: decidir si debe de tomarse en cuenta la línea de bienestar calculada por el CONEVAL en el salario mínimo).

Este criterio tiene sentido en torno a analizarlos como las caras de una sola moneda. Por una parte, la materia es un aspecto sustancial relativo a un tipo de política pública que busca satisfacer una necesidad particular de la sociedad y por otra parte la pregunta contiene el medio instrumental en la conducta a realizar para cumplir un fin en particular.

De esta manera la “disociación de la pregunta” respecto de la materia de consulta es la omisión del ministro Zaldívar en su intervención relativa a la revisión de la materia consulta 1/2020 de incorporar este criterio en su argumentación para justificar su voto en contra del proyecto. Esta omisión atiende a que el análisis en conjunto de los elementos de este criterio le hubiera hecho llegar a la conclusión indubitable de que el objeto de la materia de consulta no es constitucional, siendo de esta forma un criterio contraproducente para la decisión política que él había tomado de antemano.

Esta omisión se encuentra a su vez entrelazada con la “aproximación deferente” que realizó el ministro Zaldívar, ya que tendiendo a favorecer la procedencia de la consulta omite el análisis que debió de haber entre la materia y la pregunta para obtener el objeto de la materia de consulta. Al realizar la explicitación de su trabajo jurídico en la “aproximación deferente” se apela a

interpretar la materia y la pregunta sin realizar un análisis conjunto para favorecer la procedencia de esta y por lo tanto se disocia la pregunta de la materia, teniendo como “único impedimento” para procedencia de la consulta la actualización de alguno de los impedimentos contenidos en el artículo 35.<sup>371</sup> Bajo esta disociación la actualización de los impedimentos es a efectos prácticos imposible ya que la pregunta desaparece como medio instrumental y por lo tanto apelando a la participación ciudadana y protección de derechos humanos se dejan a un lado los medios o el “cómo” para llevar a cabo esta protección.

La “disociación de la pregunta” se manifiesta en la intervención del ministro Zaldívar en dos aspectos: un aspecto negativo y otro positivo. El primer aspecto se refiere a la conducta de omisión de un análisis particular de la pregunta para discernir cuáles son sus propósitos y cómo es que busca satisfacer las necesidades de una política pública. El segundo aspecto es la conducta de acción que realiza el ministro al analizar la materia y los propósitos de la consulta omitiendo a la pregunta en el análisis conjunto que debió de hacer.

El aspecto negativo de la “disociación de la pregunta” se deduce a través de una descripción de la intervención del ministro Zaldívar. Esta intervención comienza con una declaración de principios respecto del papel que debe desempeñar la SCJN en torno a la consulta popular como medio para la participación ciudadana, resaltando las bondades de este medio y la necesidad de su aplicación. Posteriormente se concluye la necesidad de adoptar una aproximación deferente para favorecer su procedencia y por último procede analizar los criterios esgrimidos por el ministro Luis María Aguilar a través de los cuales determinó la inconstitucionalidad del objeto de la materia de consulta, sin embargo, en ningún momento realizó una interpretación directa y estricta de la pregunta a consultar.

El aspecto positivo de la disociación de la pregunta se haya en la argumentación y el análisis de los preceptos legales que hace el ministro Zaldívar

---

<sup>371</sup> Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, *op. cit.*, p. 4.



sin tomar en cuenta una interpretación directa de la pregunta para poder negar los criterios de inconstitucionalidad contenidos en el proyecto de revisión.

Podemos ejemplificar uno de estos supuestos cuando con estas palabras el ministro Zaldívar afirma que la consulta no busca restringir derechos humanos o sus garantías:

Considero que la presente consulta no busca restringir los derechos humanos o sus garantías. Para que esto fuera así, la materia tendría que versar sobre la suspensión o limitación de la existencia, vigencia, titularidad, los principios o el carácter contra mayoritario de los derechos fundamentales. Eso no es lo que se plantea en el caso; no se está sometiendo a consulta si deben restringirse o limitarse derechos fundamentales. La materia de esta consulta se limita a pronunciarse sobre el diseño y el rumbo de la política criminal del Estado, lo cual no está prohibido por el artículo 35 constitucional.<sup>372</sup>

En el análisis anterior y en los siguientes párrafos de la intervención no existe vinculación alguna con la pregunta que justifiquen por qué el objeto de la materia de consulta no es violatorio de derechos humanos. En esta interpretación pone como causa única que la materia de consulta es el relativo a la política criminal, pero no se analiza en conjunto con el fin último de la pregunta que sería a efectos vinculantes investigar, enjuiciar y en dado caso sancionar a los expresidentes que esta enuncia.

Otro ejemplo similar lo encontramos en la justificación relativa a que el objeto de la materia de consulta no viola el principio de presunción de inocencia ya que de acuerdo con el ministro Zaldívar:

[..] la consulta que se nos plantea no expone a nadie como culpable, ni es sugestiva. La materia de la consulta no asume que las personas que menciona son responsables ni tampoco busca que la ciudadanía decida su culpabilidad. Lo que la consulta busca conocer es simplemente si la ciudadanía está de acuerdo en que las autoridades investiguen y, en su caso, sancionen, su presunta responsabilidad en la comisión de delitos, conforme a las leyes y los procedimientos aplicables. En ese sentido, es falso que la consulta implique una

---

<sup>372</sup> *Ibidem*, p. 11.

“*exposición mediática estigmatizante*” y, por tanto, que pueda generar un efecto corruptor en las eventuales investigaciones que se realicen.<sup>373</sup>

Esta conclusión ya se presupone viciada tomando en cuenta que la pregunta no fue tomada en cuenta anteriormente para concluir que el propósito de la consulta solamente es conocer si la ciudadanía está de acuerdo en que las instituciones de impartición de justicia lleven a cabo sus funciones. Además de esto hay que resaltar que en este análisis no se tomaron en cuenta los aspectos relativos a la materia de consulta derivados de la exposición de motivos contenida en la petición de consulta popular, en la que se exponen en por lo menos trece consideraciones una serie enorme de afirmaciones que presuponen culpables a los expresidentes mencionados. Como ejemplo la siguiente consideración entre muchas otras:

SÉPTIMO. Desde el inicio de su sexenio, Felipe Calderón Hinojosa embarcó al país en una estrategia militar supuestamente orientada a ‘combatir el narcotráfico’ que exacerbó la violencia y multiplicó las zonas del territorio nacional bajo control de las bandas delictivas, pese a las innumerables y conocidas advertencias de que tal política habría de resultar contraproducente y terriblemente costosa para México. Lo más grave: colaboradores suyos y periodistas independientes le señalaron los indicios de que su secretario de Seguridad Pública, Genaro García Luna, era cómplice de una de las facciones del narcotráfico, pero el gobernante no hizo nada. A la luz de la detención y el enjuiciamiento de García Luna en Estados Unidos, la actitud de Calderón solo puede explicarse como fruto de una extremada irresponsabilidad o de complicidad activa o pasiva con la delincuencia organizada.<sup>374</sup>

El análisis del objeto de la materia de la consulta relativo a la violación de presunción de inocencia se encuentra dissociado tanto de la materia de la consulta como de pregunta a consultar, ya que el ministro Zaldívar considera que el objeto de la materia de consulta es simplemente “conocer si la ciudadanía está de acuerdo en que las autoridades investiguen, y, en su caso, sancionen, su presunta responsabilidad en la comisión de delitos, conforme a las leyes y procedimientos aplicables”.<sup>375</sup> Esta conclusión la obtiene sin tomar en cuenta el análisis directo de

---

<sup>373</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>374</sup> Proyecto de Revisión de constitucionalidad de la materia de consulta popular 2/2020, *op. cit.*, p. 3.

<sup>375</sup> Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, *op. cit.*, p. 14.

la pregunta de consulta ni ninguna de las consideraciones relativas a la exposición de motivos.

Es bajo este supuesto es que entonces se actualizan las hipótesis de Duncan Kennedy relativas al trabajo jurídico que un juzgador realiza para obtener una sentencia deseada y consecuentemente todo lo relativo a la indeterminación del derecho, la intromisión de la ideología política en la decisión judicial y la importancia de los hechos que rodean cada caso en la decisión judicial.<sup>376</sup> Todo a través de la comparación de dos casos muy similares en los que en teoría estos debieron de haber sido resueltos bajo las mismas consideraciones y criterios pero que debido a una serie de factores incuantificables obtenemos resoluciones cuyo sentido es divergente. Contrastando la decisión judicial del ministro Arturo Zaldívar en las revisiones de constitucionalidad de la materia de consulta popular 2/2014 y 1/2020 se aprecia como el derecho puede ser moldeado y trabajado para llegar a una sentencia deseada aprovechando las diferentes posibilidades de discreción que ofrece el cuerpo de los materiales jurídicos.

En este caso en concreto la ciudadanía en general no tiene medios precisos para conocer los motivos ulteriores que llevaron al ministro Zaldívar a realizar este trabajo jurídico, puesto que estas motivaciones solo pueden deducirse del conocimiento del proyecto de vida de este ministro y ese es un bagaje de conocimientos que solamente él conoce. Otro elemento que se considera entrelazado son los hechos que rodean el caso en los que podemos afirmar que se encuentra indiscutiblemente la actividad del Poder Ejecutivo y que a través de esta resolución presumimos que se buscó cumplir su voluntad.

---

<sup>376</sup> Revísese *Libertad y restricción en la decisión judicial: Una fenomenología crítica e izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica* (Kennedy, 1999, 2013).

## CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se ha tratado de demostrar la influencia ideológica en la decisión judicial no en búsqueda del menoscabo de las instituciones jurídicas del país sino con el fin de mostrar una cara de la decisión judicial que muchas veces busca taparse o ignorarse para reafirmar una concepción de los jueces y de su trabajo que ya no es aceptable de acuerdo con sus atribuciones jurídico-políticas. Este intento de ocultar algo que de facto ocurre, se hace con el fin de tratar de mantener una concepción de las instituciones judiciales que en la actualidad ya no son admisibles para mantener a flote características y valores del Estado de Derecho que si bien son necesarios no pueden ser justificados en las concepciones surgidas en el siglo XVII.

Esta concepción del juez apolítico/autómata ha evolucionado desde el siglo XVII buscando negar que el juez pueda imprimir en sus decisiones su propia concepción de lo que la justicia es. En un primer momento por ello los jueces son tratados como autómatas o como un “león guardián”, siendo que sus atribuciones jurídicas no tienen un impacto político tan grande para contemplar a la ideología política como un criterio relevante a considerar. Estos jueces se encuentran en una concepción de la división de poderes donde el Poder Judicial muestra una clara debilidad respecto de los otros poderes y esto se refleja en el poco protagonismo que estos tenían en la vida política una sociedad, por lo que entonces es irrelevante si un juez se adscribía de “izquierda” o “derecha”.

Posteriormente conforme el Poder Judicial adquiere mayor protagonismo de este tipo al ser una institución capaz de ser un factor relevante en el establecimiento de un Estado democrata, se empieza a concebir un juez que hace un trabajo jurídico-político pero que en última instancia se niega que el juzgador imprima su concepción particular de justicia e ideología política de forma contraria a los valores y principios que el sistema jurídico le impone al juez. Esto se refleja en una concepción idílica del juez como la de Ronald Dworkin en la que el juzgador si este realiza un trabajo adecuado haciendo una actividad interpretativa holística siempre

obtendrá una respuesta mejor que las demás posibles. La concepción de la decisión judicial de Dworkin si bien tiene un valioso carácter deontológico no debe tomarse de forma descriptiva.

La exposición de la influencia ideológica en la decisión judicial obedece a la presentación de un modelo descriptivo de esta que, aunque pueda considerarse incómodo para las concepciones puristas del Poder Judicial, la realidad es que estas han sido rebasadas. Esta incomodidad se manifiesta dado el ideal del papel del juez en una democracia liberal moderna, sin embargo, las propias atribuciones políticas que los jueces tienen en su rol para establecer este tipo de gobiernos rompen lo que estas concepciones esperarían de ellos.

Esto se revela si se compara la percepción que se tiene de los abogados y de los jueces. Los dos en última instancia realizan el mismo trabajo, es decir uno argumentativo para obtener un resultado que en última instancia les favorezca. En el caso de los abogados será realizar un trabajo jurídico para obtener una sentencia favorable que el cliente o su representado paga por obtener, por otra parte, en el caso de los jueces estos realizan un trabajo jurídico para poder justificar la aplicación de una norma jurídica que estos conciben justa o necesaria de acuerdo con su proyecto vital.

Tomar en cuenta en la decisión judicial factores como el proyecto de vida y el trabajo estratégico no busca derrumbar la función jurisdiccional en su papel para el establecimiento de un Estado democrático, al contrario, apegándose a la concepción que tiene Reva Siegel y Robert Post en su teoría del constitucionalismo democrático observamos que el control fuerte puede otorgar en el pueblo la percepción de que las resoluciones de los jueces están conducidas a ser un verdadero mecanismo de control que proteja los valores intrínsecos de la democracia. De tal forma que el trabajo del Poder Judicial solo podrá juzgarse como positivo o negativo en relación con la confianza que la ciudadanía tenga de sus decisiones, y el parámetro para ello es la justificación constitucional que estas tengan.

Es por ello que el factor dialógico que estos dos autores sostienen es un elemento que es acorde a la concepción de la decisión judicial de los *CLS* ya que los efectos positivos o negativos que una decisión judicial pueda tener en la sociedad solo podrá responsabilizar a los jueces si estos no son considerados como autómatas o apolíticos. La responsabilidad moral respecto de los resultados y el impacto que una decisión judicial puede tener solo podrá determinarse mientras se admita que los jueces tienen una libertad de opción y de decisión indeterminada. Solamente a través de admitir la premisa anterior tiene sentido poner en escrutinio público la actividad de los jueces, así como la implementación de mecanismos dialógicos que acerquen a la ciudadanía al Poder Judicial en la búsqueda de decisiones que protejan sus derechos y el Estado plural democrático.

Satanizar la concepción de la decisión judicial de los *CLS* en sentido contrario tiene efectos negativos pues reduce la actividad de los jueces a ser meras marionetas, mientras por dentro estos podrían ser conscientes de lo que hacen sin poder tener elemento alguno para poder adjudicar algún tipo de responsabilidad moral y política.

En este sentido se concluye que la historia ejerce un papel fundamental en la concepción de la decisión judicial y en la responsabilidad moral que a estos se les puede adjudicar. No es lo mismo haber sido un juez en el más alto tribunal de Francia en el siglo XVIII que ser un miembro designado del Comité Constitucional de la V República Francesa. Sus atribuciones y el papel político en la sociedad que han tenido los jueces se han transformado a lo largo del tiempo y es por ello que la percepción de la decisión judicial que debe tener la sociedad para vigilarlos en un papel activo debe de estar sustentada en una teoría descriptiva como la sostenida por Duncan Kennedy y los *CLS*, sin dejar a un lado teorías que estudien el deber ser en la decisión judicial.

Es por esto por lo que el contraste entre las teorías relativas a la decisión judicial en este trabajo nos otorga un panorama más amplio y general buscando obtener las limitaciones que teóricamente cada una tiene. Si bien podría afirmarse que las teorías de Duncan Kennedy no abarcan todo lo que las teorías marxistas

contemporáneas podrían decir acerca decisión judicial, esta teoría aporta elementos no utilizados por el positivismo jurídico, postpositivismo jurídico u otras doctrinas más convencionales dentro de la filosofía del derecho.

Se desprende a través de este contraste que no existe una dicotomía absoluta entre la concepción aportada por los *CLS* y la de los demás autores estudiados, ni si quiera en el caso de Dworkin.

En el contraste con la teoría de Hart obtenemos la existencia de la discrecionalidad en sentido fuerte resultante de la textura abierta del lenguaje en el derecho, con lo cual el juez tiene cierta libertad en la decisión. Esta discrecionalidad encaja perfectamente la teoría de Duncan Kennedy, sin embargo, se manifiesta solamente como “el pico de un iceberg” dejando en el fondo el trasfondo fenomenológico que la teoría de Kennedy revela.

El contraste con la teoría de Robert Alexy nos aporta la imposibilidad de la determinación de la “única respuesta” siendo para Alexy derivada de la imposibilidad de hacer un estudio cuantitativo y cualitativo para la implementación de la ponderación como instrumento para la aplicación de normas jurídicas, lo cual reafirma el carácter de la indeterminación del derecho y nos revela que la ponderación no existiría si no existiesen diferentes concepciones de justicia que fueran uno de los elementos que componen el proyecto vital del juzgador. Por lo que la concepción de la decisión judicial de Alexy sostenida dentro de la teoría del discurso práctico expuesta por Jürgen Habermas y que implementa un concepto de verdad resultante de un producto consensual entre los sujetos epistémicos pertinentes nos muestra propiamente la indeterminación del derecho como la posibilidad del disenso y por lo tanto de obtener múltiples respuestas dentro de la decisión judicial.

Por último, el contraste con la teoría holística de Ronald Dworkin a pesar de ser divergente en el aspecto principal relativa a la respuesta que un juez otorga en la adjudicación judicial nos pone en frente a otra teoría que toma en cuenta la confusión entre el la moral y el derecho y su inseparabilidad. Es claro que la teoría de Dworkin es la que tiene una divergencia más grande con la de Duncan Kennedy

pues el hecho de sostener la tesis de una única respuesta nos hace comparar metafóricamente al paraíso con el infierno en relación con las teorías de Duncan Kennedy. Sin embargo, esta comparación no debe de relacionarse con la que se hace con aquella ala del realismo norteamericano en la cual la decisión del juez es su voluntad en forma de sentencia, pues en el caso de la concepción de Kennedy la decisión judicial está supeditada a factores indeterminables.

Se aprecia claramente a través del análisis de un caso como lo fue la revisión a la constitucionalidad de la materia de consulta popular 1/2020 como es que las decisiones judiciales pueden ser al mismo tiempo decisiones políticas que se toman de ante mano antes de realizar un trabajo para su obtención. Esta resolución se encuentra inmersa en una coyuntura política en el país donde no se puede considerar que exista un Estado democrático consolidado, pues en México se considera que es un país que se encuentra en transición, denominando a este fenómeno como “transición democrática”.

Por otro lado, también se nos presenta que dentro de la propia lógica y teoría de Ronald Dworkin esta revisión es un caso donde no existió una “única respuesta” pues para este autor se requiere como presupuesto fáctico que la aplicación de su teoría ocurra en sistema jurídico avanzado. Para que un sistema jurídico pueda considerarse “avanzado”, según Dworkin debe de tener regulación densa en reglas, normas y un sistema judicial con precedentes o jurisprudencia que a través de la historia puedan garantizar predictibilidad en los casos fáciles y en los difíciles principios definidos para su resolución.

No es que consideremos que el sistema jurídico mexicano sea un sistema jurídico no avanzado ya que eso sería una aseveración maniquea. Existen áreas y sectores en el sistema jurídico mexicano que muestran una regulación jurídica más estricta y densa que le harán percibir al juzgador una restricción fuerte que será contraproducente si su trabajo estratégico es divergente al sentido de las normas, sin embargo en un procedimiento como lo es la revisión de constitucionalidad de la materia de consulta popular existen normas jurídicas ni precedentes vinculantes que logren constreñir y restringir al juzgador para obtener una respuesta que sea acorde



a las materias de consulta vedadas por la Constitución, por lo cual la teoría de Ronald Dworkin ni siquiera es susceptible para tomarla en consideración en torno a justificar lo realizado por la SCJN.

Se concluye que la decisión judicial aportada por el ministro Zaldívar tiene su descripción teórica en las teorías expuestas por los *CLS* pues reúne todos los elementos constitutivos de esta y que queda evidenciada en un trabajo argumentativo que nos muestra sus “costuras” y debilidades a través de interpretaciones y razonamientos más que cuestionables teniendo como parámetro de contraste a la Constitución y a la propia argumentación del ministro Zaldívar en un caso similar anterior que no tenía una coyuntura política problemática como lo fue la revisión a la constitucionalidad de la materia de consulta popular 1/2020.

Esta decisión solo puede juzgarse y entenderse plenamente si su análisis se hace en conjunto con la historia de la SCJN. Partimos que a partir de 2011 a través de las reformas constitucionales de derechos humanos se tiene un nuevo paradigma en la administración e impartición de justicia en el país. Sin embargo, este papel institucional de la SCJN no se adquiere por decreto jurídico al estar regulado por la Constitución. Este nuevo paradigma se encuentra dentro de la transición democrática de México y es por esto por lo que las decisiones judiciales deben ser evaluadas por su población e institucionalizar esta evaluación.

En este caso, la evaluación siguiente a la decisión estudiada de la SCJN tiene como objeto ser una conducta moralmente necesaria conforme a las teorías del constitucionalismo democrático y a partir de esto no solamente afirmar que esta decisión ocurrió conforme a los que exponen las teorías de los *CLS* sino denunciar el carácter antidemocrático que esta resolución tiene al no encontrar una justificación constitucional y exponer la debilidad institucional de la SCJN al no poder fungir como un contrapeso auténtico en el sistema de división de poderes mexicano.

En un primer punto esta decisión judicial carece de una justificación constitucional robusta que pueda considerarse como correcta, en este sentido independientemente de que en términos consecuencialistas la consulta popular fuera a complacer la voluntad de los adeptos del Poder Ejecutivo y en última

instancia se fueran a realizar las investigaciones consecuentes relativas a los expresidentes, la justificación de una decisión judicial como esta tiene su justificación en cuanto es acorde a la Constitución pues este es el documento jurídico-político en el que teóricamente se encuentra la voluntad de los mexicanos, no en las consecuencias que unos puedan juzgar como buenas.

En un segundo punto esta decisión judicial revela que la SCJN sigue teniendo un diseño institucional bastante débil que no le permite erigirse como un contrapeso lo suficientemente robusto para tener la confianza de la ciudadanía siendo que esta confianza derivará de la justificación constitucional de sus decisiones.

De esto se concluye que señalar estas decisiones de la SCJN a través de la aplicación de las teorías de críticas de los *CLS* expone la necesidad de no dar por acabada la transformación de la SCJN en torno a ser aquella institución que se autodenomina como un tribunal dedicado a la defensa de los derechos humanos.

El trabajo estratégico de los jueces y la intromisión ideológica en las decisiones judiciales es una cuestión que para efectos prácticos hasta el momento no tiene solución, sin embargo, la edificación de instituciones judiciales que sean elementos centrales en la implementación de un Estado democrático puede realizarse, aunque esto se encuentre en el caso de México dentro de un proceso de transición a la democracia de mayor complejidad.

## FUENTES CONSULTADAS

### **BIBLIOGRAFÍA**

- ALEXY, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, México, Fontamara, 2010.
- , *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- , *La doble naturaleza del derecho*, Madrid, Trotta, 2016.
- , *Teoría de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2007.
- ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, *Tercero en discordia: Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Madrid, Trotta, 2015.
- ARANGO, Rodolfo, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 2016.
- ASTUDILLO, César, *El Funcionamiento de la SCJN como Tribunal Constitucional*, México, Tirant Lo Blanch, 2019.
- , “Los sistemas de justicia constitucional. Un esbozo” en *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, Trotta, 2015.
- , *Las Razones del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- BICKEL, Alexander. M, *La rama menos peligrosa. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2020.
- BLANCO VALDÉS, Roberto, *El valor de la Constitución*, España, Alianza, 2010.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018.
- , *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político. Año académico 1975-1976*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018.
- BONORINO, Pablo Raúl, *Dworkin*, Lima, ARA, 2010.
- BREYER, Stephen, *Como hacer funcionar nuestra democracia: El punto de vista de un juez*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.

- CALSAMIGLIA, Albert, “Ensayo sobre Dworkin” en Dworkin, Ronald, *Prólogo a la edición en español de los Derechos en Serio*, Barcelona, Ariel, 1994.
- CARBONELL, Miguel Y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Manual de argumentación jurídica*, Porrúa, México, 2014.
- CARPENTIER, Elise, “El estatuto del Consejo Constitucional Francés” en Fix – Zamudio, Héctor y Astudillo, César (coords.), *Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa: libro en homenaje al doctor Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- CASTAGNOLA, Andrea y LÓPEZ NORIEGA, Saúl, *El rol de la Suprema Corte en la consolidación democrática de México*, México, Tirant Lo Blanch, 2016.
- DE PARAMO, Juan R., *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- DUVERGER, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1992.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 2012.
- , *Los Derechos en serio*, España, Ariel, 1989.
- , *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.
- DWORKIN, Ronald (comp.), *La filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- ESPINOZA BARRAGÁN, Manuel Bernardo, *Juicio de Amparo*, México, Oxford University Press, 2016.
- ESQUINCA MUÑOA, César, *Carrera Judicial: Antecedentes, realidades y prospectiva*, México, Porrúa, 2016.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La evolución de la Justicia Constitucional*, Madrid, Dykinson, 2013.
- , *La justicia constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

- FIX-ZAMUDIO, Héctor y COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- GALEANA, Patricia (comp.), *México y sus constituciones*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- GARAVITO RODRÍGUEZ, César, *La decisión judicial. El debate Hart - Dworkin*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 2005.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, México, Fontamara, 2016.
- , *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 2014.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia sobre el gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2012.
- GARGARELLA, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la justicia de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014.
- GONZÁLEZ PLASCENCIA, Luis, “Implicaciones de la reforma constitucional de junio de 2011 para el derecho y el sistema penal en México, en García Ramírez, Sergio *et al.* (coords.), *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patrizia, *Los Jueces y la política: Poder Judicial y democracia*, España, Taurus, 1999.
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2014.
- , *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2015.
- HAMILTON, Alexander *et al.*, *El Federalista*, Madrid, Akal, 2015.
- HART, H.L.A, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009.
- , “Postscriptum”, en *La decisión judicial. El debate Hart - Dworkin*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 2005.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán: O la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.

- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016.
- , *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 2018.
- KENNEDY, Duncan, “A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law”, en Brownsword, Roger *et al.* (ed.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford-Oregon, Hart Publishing, 2011.
- , “Forma y Sustancia en la Adjudicación del Derecho Privado” en García Villegas, Mauricio (Editor), *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- , *Izquierda y Derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.
- , *Libertad y Restricción en la decisión judicial: Una fenomenología crítica*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1999.
- , “Political Ideology and Comparative Law”, en Mauro Bussani y Ugo Mattei (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- LARA APONTE, Rodolfo H., “La reforma de derechos humanos de 2011. Hacia el Estado constitucional” en Carbonell Sánchez, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, t. V, vol. 2.
- LOCKE, John, “Segundo tratado sobre el gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil” en *Locke*, Madrid, Gredos, RBA, 2015.
- MACCORMICK, Neil, *H.L.A Hart*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- , *Razonamiento jurídico y Teoría del derecho*, Lima, Palestra, 2018.
- MAGALONI, Ana Laura, “El poder judicial” en Fernández de Castro, Rafael y Blackmore, Hazel (coords.), *¿Qué es Estados Unidos?*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- MENDIZABAL ALLENDE, Rafael de, *La guerra de los jueces: Tribunal Supremo Vs. Tribunal Constitucional*, Madrid, Dykinson, 2015.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, España, Alianza, 2015.
- NIEMBRO ORTEGA, Roberto, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2019.
- NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.

- PALOMINO MANCHEGO, Jorge F., "El Tribunal Constitucional de Austria y su influjo en los ordenamientos iberoamericanos (los primeros pasos)" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro iberoamericano y VII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- PEGORARO, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2004.
- PÉREZ DE LOS REYES, Marco Antonio, *Historia del derecho mexicano*, México, Oxford University Press, 2017.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan A., *El movimiento "Critical Legal Studies"*, Alicante, Universidad de Alicante, 1993.
- POSAS LOYO, Andrea y RÍOS FIGUEROA, Julio, "Las transformaciones del rol de la Suprema Corte" en Castagnola, Andrea y López Noriega, Saúl (comps.), *El rol de la Suprema Corte en la consolidación democrática de México*, México, Tirant lo blanch, 2016.
- POST, Robert y SIEGEL, Reva, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, "Una relectura del Dr. Bonham's Case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la judicial review" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *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, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- RODRÍGUEZ LOZANO, Amador, "La reforma judicial de 1994: Una visión integral" en (varios), *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Senado de la República, 1997.
- ROBLES VÁZQUEZ, Jorge y TOVAR SILVA, Yvonne Georgina, *Teoría Crítica Norteamericana: Una introducción a los Critical Legal Studies*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Carlos, *Introducción al estudio del derecho*, México, UNAM, Porrúa, 2017.
- SAAVEDRA, Modesto, *Interpretación del derecho y crítica jurídica*, México, Fontamara, 2004.

- SABINE, George H., *Historia de la teoría política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2019.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- SÁNCHEZ CORDERO, Olga, “Interés legítimo en la nueva Ley de Amparo”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- SILVA RAMÍREZ, Luciano, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, México, Porrúa, 2017.
- STRAUSS, Leo y CROPSEY, Joseph (comps.), *Historia de la filosofía política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *El Poder Judicial Federal en el siglo XIX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.
- SUÁREZ CAMACHO, Humberto, *El sistema de control constitucional en México*, México, Porrúa, 2017.
- SWIFT, Adam, *¿Qué es y para qué sirve la filosofía política?. Guía para estudiantes y políticos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.
- TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015.
- TROPER, Michel, *Ensayos de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2008.
- TUSHNET, Mark, “Ensayo sobre los derechos” en García Villegas, Mauricio (Editor), *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- UNGER, Roberto Mangabeira, *The Critical Legal Studies*, Massachusetts, Harvard University Press, 1986.
- VÁZQUEZ, Rodolfo *Las fronteras morales del derecho*, México, Fontamara, 2009.
- , *Normas, Razones y derechos. Filosofía jurídica contemporánea en México*, Madrid, Trotta, 201.
- VENTURA RODRÍGUEZ, Enrique Manuel, *Deferencia y discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho administrativo*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2010.
- VILLORO, Luis, *Creer, saber, conocer*, México, Siglo XXI, 2016.



WALDRON, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018.

—, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

WOLFF, Jonathan, *Filosofía Política: Una Introducción*, España, Ariel, 2012.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

## REVISTAS

BERMUDO, J.M, “Libertad, igualdad y justicia en Hobbes” en *Ideas y Valores*, Colombia, Universidad Nacional de Colombia, Vol. 47, No. 108, 1998.

CALSAMIGLIA, Albert, “Postpositivismo”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, Vol. 1, No. 21, dic. 1998.

ESCOBAR AUBERT, Luis, “La consulta popular en México” en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, Vol. 64, No. 262, 2014.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Mariano Otero, estadista y jurista” en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, Vol. 67, No. 269, 2017.

GARZÓN VALDÉZ, Ernesto, “El papel del poder judicial en la transición de la democracia”, *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, México, No. 18, 2003.

GÓMEZ MARINERO, Carlos Martín, “Nueva Ley de Amparo: Breves comentarios y críticas” en *Reforma Judicial: Revista mexicana de justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núms. 27-28, enero-diciembre de 2016.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano”, *Revista semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Chile, Núm. 2, 2011.

HURTADO MARTÍNEZ, Juan Antonio, “La evolución del sistema francés como modelo de control de constitucionalidad de las leyes”, *Revista de Derecho UNED*, España, Núm. 10, 2012.

KENNEDY, Duncan, “La Crítica de los Derechos en los Crítical Legal Studies”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Palermo, núm. 47, 2006.

## **RESOLUCIONES JUDICIALES**

Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, INTERVENCIÓN DEL MINISTRO PRESIDENTE ARTURO ZALDÍVAR EN LA REVISIÓN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA MATERIA DE CONSULTA POPULAR 1/2020, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1 de octubre de 2020.

Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA, EN TORNO A LAS CONSIDERACIONES SUSTENTADAS EN LA REVISIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE CONSULTA POPULAR 2/2014, Engrose a la Revisión de constitucionalidad de la materia de consulta popular 2/2014, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: José Ramón Cossío Díaz, 29 de octubre de 2016.

Proyecto de Revisión de constitucionalidad de la materia de consulta popular 2/2020, Ponente: Luis María Aguilar Morales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020.

Revisión de la constitucionalidad de la materia de consulta popular 1/2020, Encargado del Engrose: Luis María Aguilar Morales, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Revisión de la constitucionalidad de la materia de consulta popular 2/2014, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: José Ramón Cossío Díaz, 29 de octubre de 2016.

## **CIBERGRAFÍA**

“Ministro Arturo Zaldívar acusa a Calderón de presionarlo en la SCJN | Noticias con Ciro Gómez”, video de YouTube, publicado por Imagen Noticias, 10 de octubre de 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=Az-PfZkWrpA>

SCJNSesión remota del Pleno de la SCJN 01 de octubre de 2020, video de YouTube, publicado por Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1 de octubre de 2020, <https://www.youtube.com/watch?v=2uziQOeiVZA&t=2603s>

## **LEGISLACIÓN**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf\\_mov/Constitucion\\_Politica.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf)

Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp\\_150618.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_150618.pdf)

Ley Federal de Consulta Popular

*<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCPo.pdf>*

Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos

*[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/205\\_270115.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/205_270115.pdf)*