



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO  
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO  
FACULTAD DE DERECHO  
DOCTORADO EN DERECHO

La teoría de la decisión judicial y su función en el  
Estado Constitucional de Derecho

## **TESIS**

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE  
DOCTORA EN DERECHO

PRESENTA:

LILIANA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

TUTOR PRINCIPAL:

Doctor Jorge Robles Vázquez  
Facultad de derecho

MIEMBROS DEL COMITÉ TUTOR:

Doctora Aleida Hernández Cervantes  
Facultad de Derecho

Doctor Mauricio Reyna Lara.  
Facultad de Derecho

**Ciudad Universitaria, Cd. Mx., febrero de 2020**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**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.

## DEDICATORIA

*A mis padres, Ascensión y Enedina, porque me enseñaron que el amor incondicional es el motor de la vida y el éxito es el fruto de la dedicación y el esfuerzo.*

*A Pablo y Daniel, quienes nacieron con este proyecto académico y cuya mirada y sonrisa son mi aliciente cada día y la prueba tangible del amor.*

*A Raúl, con quien comprendí que de las crisis y conflictos es posible obtener grandes aprendizajes y construir proyectos de vida mejores.*

*A mis hermanos, Homero, Elena, Isabel, Evelina, Álvaro y Aurora, cuya alegría, fortaleza y apoyo incondicional han permitido mantener un fuerte lazo familiar y fraterno.*

*A mis amigos, Rosalía, María, Rubí, Norberto, César, Javier, Gabriel, Isaías y Jesús, quienes, a pesar de las distancias, ocupaciones y responsabilidades, siempre me han brindado su mano amiga.*

## AGRADECIMIENTOS

Este trabajo ha sido posible gracias al apoyo, orientación, paciencia, confianza y perseverancia de quienes de cerca me alentaron en su elaboración, por eso, aunque resulte complicado manifestar con palabras lo que siento en el alma, aprovecho estas líneas para expresar mi eterna gratitud, pues sin ellos y ellas, esta labor no habría culminado.

A mi familia y amigos, porque siempre han estado a mi lado, brindándome su apoyo incondicional en los momentos más felices y, sobre todo, en los momentos más difíciles; gracias por escucharme y cuestionarme, porque, aunque no lo crean, sus comentarios siempre han sido valiosos en mi vida y en mi trabajo diario.

Al doctor Jorge Robles, mi maestro y director de tesis, por sus experiencias y conocimientos compartidos y por haber despertado en mí la inquietud filosófica para reflexionar, con una visión crítica, acerca del derecho y de sus implicaciones en la sociedad actual. A los doctores Aleida Hernández y Mauricio Reyna, cuyos cuestionamientos, observaciones y sugerencias constituyeron para mí un reto en la construcción de este trabajo que, sin duda, me forzó a investigar y sustentar lo que aquí se afirma.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, que ha sido tan generosa conmigo, pues no sólo me forjó como abogada al poner a mi alcance maestros y maestras con una sólida formación profesional y humana, sino que, sobre todo, brindó herramientas valiosas que impactaron en cada uno de los ámbitos de mi vida y que, en alguna medida, me han permitido impulsar cambios en la forma de interpretar los conflictos y asuntos que llegan a mis manos, aunque a veces parezcan pequeños e imperceptibles, tengo la firme convicción de que un día, esos cambios lograrán un mayor impacto para devolver el lado humano al derecho.

Liliana Hernández Hernández

---

# Índice General

---

<b>ÍNDICE GENERAL</b>	3
<b>INTRODUCCIÓN</b>	5
<b>CAPÍTULO 1. ANÁLISIS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL: DEL LIBERALISMO AL NEOCONSTITUCIONALISMO</b>	
1.1 El Estado liberal de derecho del siglo XVIII	11
1.2 La división de poderes en las tradiciones jurídicas del <i>Common law</i> y del <i>Common civile</i>	19
1.3 Características del estado legislativo de derecho	28
1.4 Crisis del Estado liberal y contexto político del surgimiento del neoconstitucionalismo	29
1.5 El papel del Tribunal Constitucional en un sistema político	35
1.6 Conclusiones	44
<b>CAPÍTULO 2. REFLEXIONES TEÓRICAS SOBRE LA DECISIÓN JUDICIAL</b>	
2.1 El proyecto de la Modernidad y la razón austera	50
2.2 La razón enfática como una forma de concebir al mundo	55
2.3 La decisión judicial y sus diferencias con la interpretación y argumentación jurídicas	55
2.4 Hacia una crítica radical del derecho: los <i>Critical Legal Studies</i>	59
2.5 El proceso de la decisión judicial bajo la óptica de Duncan Kennedy	61
2.6 Conclusiones	71

### **CAPÍTULO 3. EL CONTEXTO POLÍTICO Y LA CONFIGURACIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN MÉXICO**

3.1 Breves consideraciones históricas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	74
3.2 Contexto político de las reformas judiciales de 1994 y contenido de dicha reforma	78
3.3 Impacto de la reforma judicial en el comportamiento judicial de los ministros y ministras	84
3.4 Contexto político de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos en 2011	91
3.5 Conclusiones	98

### **CAPÍTULO 4. DECISIONES ESTRATÉGICAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS: ¿CUÁL ES SU RUMBO?**

4.1 Antecedentes y consideraciones de la ColDH en el caso Radilla Pacheco	101
4.2 Breve semblanza de los Ministros que integraban la SCJN al momento de resolver este expediente Varios 912/2010	105
4.3 Análisis de caso: Expediente Varios 912/2010 relativo a la consulta sobre el seguimiento al cumplimiento del Caso Rosendo Radilla	115
4.4 Expediente Varios 293/2011	129
4.5 Análisis de caso: Expediente Varios 1396/2011	131
4.6 Conclusiones	140

<b>REFLEXIONES FINALES</b>	145
----------------------------	-----

<b>FUENTES DE CONSULTA</b>	151
----------------------------	-----

# LA TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL Y SU FUNCIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

## INTRODUCCIÓN

La labor que realiza el Tribunal Constitucional en un Estado Constitucional de Derecho es de suma importancia en virtud de que las decisiones que adopta no surgen sólo de una mera aplicación silogística de las normas, sino que son resultado de un complejo proceso en el que inevitablemente intervienen factores como el contexto del caso, valores, principios, ideologías que subyacen a dicho conflicto así como la del propio juzgador, e incluso, las consecuencias que todas esas decisiones puedan generar.

En ese contexto, los conflictos sometidos a la jurisdicción de un Tribunal Constitucional implican, por una parte, la revisión de los actos del poder legislativo y ejecutivo y la distribución de competencias entre los poderes constituidos a través de mecanismos como las acciones de constitucionalidad o controversias constitucionales y; por otra, la protección de los derechos fundamentales a través del juicio amparo. En ambos supuestos, es inevitable que las decisiones judiciales puedan impactar en el ámbito político, por eso resulta pertinente reflexionar sobre la función que desempeña un Tribunal Constitucional como mecanismo de control del poder político y garante de los derechos de las personas.

Es por ello que la presente investigación se enfocará en el análisis del papel que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México desempeña como Tribunal Constitucional, pues a partir de 1994 se realizaron múltiples reformas constitucionales que fortalecerían sus facultades como órgano de control de constitucionalidad, con el propósito de que las decisiones judiciales adoptadas por los ministros y ministras fueran mayormente protectoras de derechos humanos.

No obstante, y en contravención a tal objetivo, el 11 de mayo de 2015 en el expediente Varios 1396/2011, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia emitió una sentencia en la que se abordó el alcance de la interpretación de los derechos humanos previstos en las normas constitucionales y tratados internacionales, en la que planteó que cuando en la Constitución se prevé una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, ésta deberá prevalecer, aun cuando ese derecho no se encuentre restringido en algún instrumento internacional de protección de derechos humanos.

Este criterio que constituyó, a la luz del análisis que se desarrolla en este trabajo, un retroceso en relación con el sostenido en el expediente Varios 912/2010 resuelto el 14 de julio de 2011, en el que, entre otras cosas, se sostuvo que el Poder Judicial de la Federación debía realizar un control de convencionalidad de carácter difuso; incluso, podía acudir a criterios interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para evaluar si en ellos había criterios más favorables para proteger los derechos humanos.

¿Qué originó el cambio de criterio de nuestro máximo tribunal en el marco de las reformas en materia de derechos humanos de 2011?

La problemática expuesta llevó a plantear como objeto de estudio el análisis de las decisiones judiciales adoptadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México en los expedientes Varios 912/2010 y Varios 1396/2011, a través de una investigación documental.

Para ello, se planteó como hipótesis de investigación que la conformación institucional de la Corte con facultades de Tribunal Constitucional resultaba insuficiente para garantizar la eficacia de las decisiones judiciales en materia de protección de los derechos humanos, porque las motivaciones ideológicas, políticas, sociales, e incluso, los posicionamientos estratégicos de las personas que integran dicho tribunal, constituyen un factor relevante que impactará en la forma en cómo se deciden los casos. Por tanto, contrario a la tendencia de las reformas constitucionales para consolidar a la Suprema Corte como Tribunal Constitucional, la integración de dicho órgano colegiado ha llevado a criterios mayormente conservadores, en menoscabo de la protección de derechos humanos, poniendo en riesgo la aspiración de consolidar un Estado Constitucional de Derecho en México, como se buscó a partir de 1994.

Para abordar esta investigación y, en su caso, comprobar la hipótesis de trabajo planteada, se estableció como primer objetivo realizar un recorrido histórico sobre la función de los jueces y su papel en el sistema de división de poderes, específicamente, la que surge con la construcción del Estado liberal del siglo XVIII, por lo que se abordan algunos de los postulados teóricos del pensamiento ilustrado de John Locke, Montesquieu y Rousseau.



Luego, se analizan las diferencias que adquirió la función judicial en las tradiciones jurídicas del *common law* y del *common civile*, para advertir la forma en que los jueces que pertenecen a cada una de esas tradiciones, adoptaron diferentes mecanismos y posicionamientos políticos al momento de decidir. También se abordan las características de lo que teóricamente se ha denominado como “estado legislativo de derecho”, para contrastarla con la propuesta del neoconstitucionalismo encaminada a consolidar un Estado Constitucional de Derecho.

Finalmente, se expone una reflexión sobre el papel que desempeña un Tribunal Constitucional en un sistema político y algunas de las principales críticas surgidas de las labores que desempeña, tales como su falta de legitimidad democrática, el papel que materialmente realizan como “legislador negativo” al anular los actos legislativos contrarios a las normas constitucionales y los fenómenos que se generan con las decisiones que adoptan, es decir, lo que se conoce como “judicialización de la política” y “politización de la justicia”.

Se tiene presente que las teorías de la interpretación y argumentación jurídicas contemporáneas sostienen que el juez constitucional requiere construir nuevas categorías que permitan aprender y solucionar los problemas a través de una teoría que ponga de manifiesto el papel que juegan los principios y valores en el ordenamiento jurídico, así como aquéllos elementos externos (políticos, sociales, económicos), y enfatice la función de una teoría de los derechos que permita restringir el campo de irracionalidad y discrecionalidad del juez; para ello, resulta imprescindible replantear el proceso de decisión judicial e incorporar elementos de análisis que nos permitan comprender su complejidad.

En el segundo capítulo se aborda el estudio de la decisión judicial a partir de los presupuestos teóricos de Duncan Kennedy, para lo cual se contextualiza dicha propuesta en la discusión de los pilares con los que la Modernidad construyó el paradigma dominante en la concepción del derecho, dentro de los cuales se ubica, entre otros, la racionalidad jurídica que sostiene la separación del derecho de cualquier otro factor externo político, económico o social.

Se retoma el concepto de “razón austera” y “razón enfática” propuesto por Carlos Pereda para explorar una forma diferente de concebir al derecho y, en

consecuencia, de tomar decisiones judiciales a la luz de la “razón enfática”, como antesala de las herramientas de tipo fenomenológico que brinda Duncan Kennedy para el análisis de la toma de decisiones, es decir, la intencionalidad, la vivencia y la ideología, rescatando la relación estrecha e inevitable entre política y derecho, así como la paradójica relación entre libertad y restricción a la que se enfrenta el juez en su labor cotidiana.

El tercer capítulo tiene por objeto explorar la conformación institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación bajo un enfoque neoinstitucional de tipo histórico, ya que se considera un presupuesto indispensable para comprender el campo de acción que enmarca la actividad de los ministros y ministras, destacándose algunos elementos del contexto político que explican el papel de la Suprema Corte dentro del sistema político mexicano y aquéllos que propiciaron las reformas constitucionales de 1994 y posteriores que buscaron fortalecer sus facultades como Tribunal Constitucional.

Así también se exponen algunos estudios empíricos de tipo cuantitativo realizados por especialistas en la materia, que analizan diversas acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales resueltas por la Suprema Corte de Justicia con posterioridad a las reformas de 1994, las cuales evidencian un comportamiento judicial específico permeado por diversos factores, entre ellos, los políticos, como lo fue la transición ocurrida en el año 2000, con motivo de la llegada a la titularidad del Ejecutivo de un candidato diverso al partido hegemónico que ocupó el poder por más de 70 años.

En el cuarto capítulo se desarrolla la metodología de este trabajo, la cual se apoya en el estudio de caso, ya que a través el análisis de las decisiones emitidas por la Suprema Corte de Justicia en los expedientes Varios 912/2010 y Varios 1396/2011, y con apoyo en las herramientas teóricas de Duncan Kennedy, se interpreta el comportamiento judicial de los ministros y ministras en materia de protección de derechos humanos, elementos que nos llevan a sostener que el carácter de esta investigación es de tipo cualitativo.

Para el análisis de los casos referidos, se toma en cuenta no sólo la decisión final contenida en la sentencia, sino el discurso que la precede, el cual se desprende

de las participaciones de ministros y ministras durante las sesiones públicas en que se discuten los asuntos y que puede consultarse en las versiones estenográficas de las sesiones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia y en los votos particulares que emiten juzgadores y juzgadoras, lo anterior, con la finalidad de responder a interrogantes sobre el tipo de racionalidad en el proceso de toma de decisiones de los ministros y ministras, sobre los factores formales e informales que influyen en el comportamiento judicial; los posicionamientos ideológicos en las decisiones emitidas por las personas que operan las normas constitucionales: y si la función que realizan los ministros y ministras es acorde con la labor que deben realizar quienes desempeñan funciones jurisdiccionales constitucionales en un Estado Constitucional de Derecho.

Al final de este capítulo, se desarrollan algunas reflexiones en torno al papel que asumieron las personas que integraron el multicitado órgano colegiado al momento de decidir aspectos relacionados con la protección de derechos humanos previstos en normas constitucionales y tratados internacionales, y el impacto que tuvo su composición diversa, en dos momentos distintos en que se decidieron temas con similar contenido, elementos que sin duda nos brindan un panorama sobre la eficacia de las decisiones de la Suprema Corte y su correspondencia con la configuración que tiene como Tribunal Constitucional.

## **CAPÍTULO 1. ANÁLISIS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL: DEL LIBERALISMO AL NEOCONSTITUCIONALISMO**

En este capítulo se abordan algunas discusiones teóricas sobre la función que desempeña el Poder Judicial en el funcionamiento del Estado Moderno, para ello, se recurre a un análisis histórico de los postulados jurídico-políticos que caracterizaron al Estado liberal del siglo XVIII, particularmente a partir del principio de división de poderes, así como de las especificidades que adquirió la función judicial en la tradición jurídica del *common law* y del sistema romanista.

Posteriormente, se analiza el proceso de constitucionalización que tuvo origen después de la Segunda Guerra Mundial, a raíz del cuestionamiento realizado a un derecho visto como instrumento de legalidad, que justificó actos de poder realizados bajo los regímenes totalitarios, como el exterminio de los judíos, hecho histórico que puso en tela de juicio los cimientos del derecho moderno y propició el desarrollo de propuestas alternativas respecto a la función del derecho, cuya preocupación giraban en torno a su legitimación y validez.

En ese contexto, se abordarán algunos de los postulados que plantea el neoconstitucionalismo, como una propuesta que otorga valor axiológico-normativo a la Constitución para limitar al poder del Estado y para lograr la efectividad de los derechos reconocidos en los instrumentos normativos, no sólo nacionales sino internacionales. En este cometido, se pondrá especial énfasis en la labor que desempeñan los jueces constitucionales, toda vez que sus decisiones ponen en entredicho los principios sobre los que se construyen los sistemas políticos, en particular, el principio de división de poderes y cuestionan el funcionamiento de las estructuras jurídicas tradicionales, tales como la forma de interpretar y argumentar los hechos y el derecho.

Así, se analizará cómo la función de los jueces, a través de estructuras como el Tribunal Constitucional, no sólo incide en el ámbito jurídico, sino que también trastoca el ámbito de la política, lo que ha obligado a redefinir los mecanismos que deben implementarse para que la labor judicial no ponga en entredicho el funcionamiento de los sistemas democráticos en los Estados Constitucionales de Derecho.

## 1.1 El Estado liberal de derecho del siglo XVIII

El Estado Moderno nace ante la necesidad de monopolizar el poder político que durante la Edad Media se encontraba disperso en distintos sujetos (feudos, iglesia, reyes, etc.), bajo una concepción liberal se justificó su existencia para la protección del individuo contra los abusos de quienes ejercían el poder, por eso, hay quienes consideran al liberalismo como una doctrina del “Estado limitado”, porque restringe sus poderes y funciones y concibe a individuos libres guiados por el principio de autodeterminación y autonomía, cuyos intereses y necesidades prevalecen sobre la existencia del propio Estado.<sup>1</sup>

El liberalismo justifica la existencia de la sociedad política bajo una concepción individualista con base en la celebración de un contrato social en el que cada individuo cede su poder para conformar un ente político que proteja sus derechos. Bajo esta idea, la justificación racional del Estado se encuentra en el hecho de ser el resultado de un acuerdo entre individuos libres que convienen establecer vínculos estrictamente necesarios para su convivencia pacífica, por eso, se considera un “mal necesario” que permite preservar la paz y que los individuos realicen sus actividades en la esfera privada; además, debe ser “mínimo”, porque el ejercicio del poder se ve limitado por el estado de derecho, por eso, Luigi Ferrajoli afirma que el estado liberal nace bajo la forma de *Estado legislativo de Derecho*.<sup>2</sup>

Para comprender las características del estado legislativo de derecho, es necesario referir algunos de los presupuestos teórico-políticos sobre los que se construyó, en particular, el principio de división de poderes, cuya formulación apareció en el siglo XVIII como un “mecanismo de regulación del gobierno estrechamente vinculado con la configuración de la sociedad en el tiempo de su formulación. En este sentido, podemos afirmar que es un dispositivo legal que tiene su razón de ser en una determinada realidad social”.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, México, ed. Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 17.

<sup>2</sup> Ferrajoli, Luigi, “Jurisdicción y democracia”, en Carbonell, Miguel, et. al., (Comp.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, ed. Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 103.

<sup>3</sup> Thury Cornejo, Valentín, *Juez y división de poderes hoy*, Buenos Aires, ed. Ciudad Argentina, 2002, pp. 80-81.

La formulación clásica del principio de división de poderes estuvo a cargo de John Locke, Charles Louis de Secondant varón de Montesquieu y Juan Jacobo Rousseau, con ellos, adquirió particularidades específicas atendiendo al contexto en el que se adoptaron sus principios políticos. Hoy, su análisis exige una reformulación en el marco de una sociedad compleja y globalizada en la que emergen nuevos actores políticos y en la que la labor del derecho no se restringe a una aplicación mecánica de la ley.

### **1.1.1 El principio de división de poderes en el pensamiento ilustrado**

El principio de división de poderes surge ante la necesidad de controlar el poder político ejercido por el monarca que encabezaba a los Estados absolutistas, dados los abusos en los que había incurrido durante la época feudal.

En este sentido, Paolo Grossi explica que dicho principio constituyó el corazón del ordenamiento constitucional del Estado y fue concebido bajo una idea rígida según la cual no debía existir intromisión de un poder en las funciones de otro; además, la producción del derecho se depositó en manos del legislativo debido a que encarnaba el poder político,<sup>4</sup> para ello, se debía evitar que el monarca monopolizara las funciones estatales, por lo que se hizo necesario establecer un mecanismo en el que el poder se dividía<sup>5</sup> y se depositaba en tres órganos diferentes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. En teoría, el principio de división de poderes no implicaba una simple distribución de funciones, sino el establecimiento de controles entre los órganos del Estado que permitían un equilibrio en el ejercicio del poder en la búsqueda del bien común en la sociedad.

Este apartado tiene como objetivo abordar la propuesta teórica de los filósofos ilustrados que sentó las bases para la construcción del discurso sobre la naturaleza del poder político y la necesidad de un mecanismo de división de poderes, misma que surgió en momento histórico determinado, pues resulta innegable que “cada

---

<sup>4</sup> Grossi, Paolo, *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, Barcelona, ed. Marcial Pons, 2011, p. 34.

<sup>5</sup> Desde el punto de vista político es incorrecto hablar de la “división” del poder, ya que el poder es indivisible, de serlo, dejaría de ser poder; por ello, la denominación adecuada debe ser la división de funciones ejercidas por el Estado y depositadas en el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

comunidad, dependiendo de su constelación de poderes, tradición cultural y jurídica y estructura política, tiene que buscar y encontrar un equilibrio de poderes adecuado”.<sup>6</sup>

Este referente teórico permitirá comprender la relación que guarda con la función judicial, especialmente las particularidades que adquirió en los países del *common law* y del *common civile*.

### 1.1.2 La “supremacía del legislador” en el pensamiento político de John Locke

Uno de los principales exponentes del principio de separación de poderes lo constituye John Locke, a través de su obra *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, publicada en 1690, en la cual expone su teoría del gobierno civil y las limitaciones que debe tener el ejercicio del poder político. Para Locke, toda sociedad política debe partir de un principio de separación de poderes, depositado en un poder legislativo, que tiene a su cargo la elaboración de leyes, las cuales en todo momento deben responder a una ley natural; un poder ejecutivo, que lleva a cabo la ejecución de las leyes interiores de la sociedad; y un poder federativo, que tiene la facultad de decidir sobre la paz y la guerra con cualquier persona y comunidad ajena a la sociedad política.

Locke recurre a una construcción teórica que denomina “estado de naturaleza”, para explicar cómo surge la sociedad política. En el estado de naturaleza, nos dice este autor inglés, el hombre goza de libertad e igualdad, se guía por la ley natural y adquiere la obligación de preservarse a sí mismo y al resto de la humanidad, sin embargo, cuando alguien se aparta de la ley natural, el hombre adquiere la obligación de castigar al infractor como mejor le parezca, esto genera que se transite a un estado de guerra en el que priva la fuerza y la violencia. Por ello, resulta necesario convenir la formación de una sociedad política, en la que cada uno de los miembros abandona su poder natural, abdicando a él en manos de la comunidad, “la comunidad viene a ser árbitro; y mediante leyes comprensivas e imparciales y hombres autorizados por la comunidad para su sujeción, decide todas las diferencias que acaecer pudieren entre

---

<sup>6</sup> García Macho, Ricardo, “Problemática de la división de poderes en la actualidad”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Núm. 53, septiembre-octubre, 1986, p. 179, [www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE\\_053\\_174.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_053_174.pdf)

los miembros de aquella compañía”.<sup>7</sup> El abandono del poder natural se realiza con la finalidad esencial de preservar la propiedad, que para Locke estaba integrada por la vida, la libertad y las posesiones.

Locke realiza una severa crítica en contra de la monarquía absoluta, pues considera que, si toda sociedad política surge por el consentimiento de los hombres, nadie puede adjudicarse en sí todos los poderes, es necesario el establecimiento de un poder legislativo, uno ejecutivo y uno federativo, en el que el primero goza de supremacía en relación con los demás. El hecho de que el poder legislativo sea superior a los demás, radica en que representa a la comunidad a la que todos los hombres cedieron su poder natural; sin embargo, recordemos que este poder legislativo, en la sociedad en la vivió nuestro autor inglés, representaba sólo una parte de la comunidad, representaba un estatus, constituido por la nobleza, el clero, las ciudades, etc.

Para Locke, la supremacía del poder legislativo debía tener límites, y su límite se encontraba precisamente en la ley de la naturaleza y en las leyes sociales que impiden a los legisladores gobernar sin atender al bien público de la sociedad, con decretos arbitrarios e improvisados.

Otra de las cuestiones interesantes en la formulación teórica de Locke se encuentra en las funciones que atribuye al poder legislativo, el cual “deberá dispensar justicia y decidir los derechos de los súbditos mediante leyes fijas y promulgadas y jueces autorizados y conocidos, a fin de que por una parte, conocieran las gentes sus deberes, y se hallaren salvos y seguros dentro de las fronteras de la ley, y por otra parte, los gobernantes se guardaran en su debida demarcación”.<sup>8</sup> De esta manera, dentro de las funciones del poder legislativo se incluyen también las que hoy conocemos como parte del poder judicial, circunstancia que se explica porque los “legisladores y jueces tiene funciones similares, es decir, la de establecer el derecho, siendo irrelevante que los primeros lo hagan de forma abstracta y los últimos en casos particulares y determinados”.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Locke, John, *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil*, México, ed. Porrúa, 1999, pp. 49-50.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>9</sup> Blanco Valdés, Roberto, *El valor de la Constitución*, Madrid, ed. Alianza Editorial, 1998, p. 58.



La separación de poderes formulada por Locke no proporciona herramienta alguna para evitar y solucionar los conflictos políticos suscitados entre el poder ejecutivo y el poder legislativo, ni mucho menos entre el poder estatal y el pueblo, “no tendrá el pueblo otro remedio en esto, como en todos los demás casos sin juez posible en la tierra, que la apelación al cielo”,<sup>10</sup> sin embargo, esboza el derecho a la resistencia, ya que si alguno de los poderes no cumple su función, puede ser sustituido, pues en todo momento debe estarse a lo dispuesto por la voluntad pública de la comunidad.

De lo antes expuesto, se puede advertir que para Locke la manera de proteger al individuo frente a quien ejerce el poder político era evitando que una sola persona concentrada el ejercicio de dicho poder, por eso propone un mecanismo de separación de poderes, en el que el legislativo debía tener mayor jerarquía pues encarnaba el poder político, sin olvidar que su límite principal era la ley.

### **1.1.3 El juez como “boca de la ley” en la teoría de Montesquieu**

Charles Louis de Secondant, varón de Montesquieu, en su obra *El espíritu de las leyes*, publicada en 1748, retoma las ideas de Locke y consolida la teoría de la división de poderes, pues considera que una mera separación de poderes resulta insuficiente, se requiere además un mecanismo que ejerza un equilibrio entre estos poderes. Este autor explica que el hombre, cuando empieza a vivir en sociedad, pierde el sentimiento de debilidad que le genera estar solo, lo que provoca que se pierda también la igualdad entre los hombres y se genere un estado de guerra, que debe controlarse a través del establecimiento de leyes y de un gobierno.

Para Montesquieu, la ley define la esencia de la libertad, ya que ésta es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten. Bajo esta concepción, la ley, en general, es la razón humana en cuanto se aplica al gobierno de todos los pueblos de la Tierra,<sup>11</sup> el carácter general y abstracto de la ley constituye una garantía de seguridad para los ciudadanos que se consigue con la existencia de un gobierno;

---

<sup>10</sup> Locke, John, op. cit., nota 7, p. 103.

<sup>11</sup> Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, 15ª e., México, ed. Porrúa, 2000, p. 7.

Montesquieu reconoce que el ejercicio del poder puede incitar al abuso, a la extralimitación, por eso refiere que es necesario establecer límites, de ahí que en el Capítulo VI del Libro XI *De la constitución de Inglaterra*, establece lo que considera apropiado a las funciones de los poderes que prevalecen en cada Estado: el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial.

En la construcción teórica propuesta por Montesquieu, no pueden depositarse los tres poderes en una sola persona -porque esto pone en riesgo la libertad-, sino que deben existir de manera separada e independiente: el poder legislativo tiene a su cargo la elaboración de las leyes, el ejecutivo debe hacerlas cumplir y el judicial tiene a su cargo juzgar las diferencias entre los particulares.

El poder legislativo y el poder ejecutivo, pueden darse a magistrados fijos o a cuerpos permanentes porque no se ejercen particularmente contra persona alguna; el primero debe confiarse a un cuerpo de nobles, al mismo tiempo que a otro elegido para representar al pueblo y para expresar la voluntad general del Estado, Montesquieu perfila la inclusión de las fuerzas sociales y su representación en el poder legislativo, con la finalidad de lograr una especie de equilibrio entre el pueblo y la nobleza, equilibrio que necesariamente se presenta por la oposición de intereses que representan ambos grupos.<sup>12</sup> Por cuanto hace al poder ejecutivo, el citado filósofo ilustrado refiere que se depositará en las manos del monarca, quien se encargará de ejecutar la voluntad general del Estado.

En la construcción teórica formulada por Montesquieu, los tres poderes no gozan de igual consideración, ya que de todos, el de juzgar es casi nulo, por ello debe ser ejercido por personas salidas de la masa popular, periódica y alternativamente designadas de la manera que la ley disponga,<sup>13</sup> porque el juez debe ser únicamente un fiel reproductor de la ley, es la “boca de la ley”, no obstante que esta pueda tener lagunas e imprecisiones, “puede ocurrir que la ley, que es al mismo tiempo previsora y ciega, fuese, en casos dados, excesivamente rigurosa. Pero los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la misma”.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Blanco Valdés, Roberto, op. cit., nota 9, p. 88.

<sup>13</sup> Montesquieu, op. cit., nota 11, p. 147.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 151.

Bajo esta concepción, al poder judicial se le quita el carácter político y se reduce su función a ser un mero aplicador de la ley, mientras que el mayor peso político se deposita en el poder ejecutivo y en el poder legislativo. De esta manera se evita el abuso del poder y se genera una especie equilibrio entre el Ejecutivo, Legislativo y Judicial, lo que nos permite afirmar que la separación de poderes no es sólo un problema lógico-jurídico, sino que constituye un problema político-práctico<sup>15</sup>, ya que separar los poderes es un presupuesto necesario para lograr una coordinación de los mismos, es decir, un sistema de frenos y contrapesos.

A pesar de que Montesquieu establece diferencias formales en las funciones de los poderes, reconoce que pueden compartir materialmente funciones, por eso distingue entre la facultad de estatuir y la facultad de impedir, la primera es el derecho de legislar por sí mismo o de corregir lo que haya ordenado otro de los poderes, en tanto que la facultad de impedir es el derecho de anular una resolución tomada por cualquiera otro,<sup>16</sup> que de acuerdo con Thury Cornejo, esto corresponde a las funciones positivas y funciones negativas, mecanismo que actualmente se aleja de las concepciones organicistas del orden estamental, a través de una ordenación pluricéntrica<sup>17</sup> del poder que relaciona fuerzas diversas generando una especie de equilibrio en el ejercicio del poder, por ejemplo: el poder ejecutivo ejerce funciones legislativas con la facultad de restricción o veto de las leyes; por su parte, el poder legislativo ejerce funciones judiciales, en el caso en que los nobles deban ser juzgados o en el caso en que se busque atemperar la rigurosidad de la ley.<sup>18</sup>

#### **1.1.4 La “voluntad general” en la obra de Rousseau**

A diferencia de Locke y Montesquieu, en cuyas obras se ven reflejadas sus preocupaciones por establecer mecanismos de protección de los derechos individuales como la propiedad y la libertad, en la obra de Jean-Jacques Rousseau, *El Contrato Social*, no encontraremos como preocupación fundamental la elaboración

---

<sup>15</sup> Blanco Valdés, Roberto, op. cit., nota 9, p. 81.

<sup>16</sup> Montesquieu, op. cit., nota 11, p. 149.

<sup>17</sup> Thury Cornejo, Valentín, op. cit., nota 3, p. 38.

<sup>18</sup> Montesquieu, op. cit., nota 11, p. 151-152.

teórica e institucional sobre la división de poderes; sin embargo, su estudio es importante porque constituye un eje fundamental de discusión sobre la legitimación del ejercicio del poder político y la soberanía.

En *El Contrato Social* fue escrito en 1762, en esta obra, Rousseau refiere que el hombre en un estado natural encuentra obstáculos para su preservación, motivo que le lleva a buscar “una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes”,<sup>19</sup> de manera que a través de un pacto social los hombres logran constituir un cuerpo político conocido como Estado que debe guiarse en todo momento por la voluntad general.

Para efectos de nuestro tema, interesa saber cuál es el contenido y características que Rousseau otorga a la voluntad general, pues ésta no se constituye por la suma de voluntades particulares, es decir, por la voluntad de todos, sino que adquiere una naturaleza especial cuya finalidad consiste en perseguir el interés común, “en esta institución, cada uno se somete necesariamente a las condiciones que impone a lo demás: admirable acuerdo del interés y de la justicia, que da a las deliberaciones comunes un carácter de equidad eliminado en la discusión de todo asunto particular”.<sup>20</sup>

La voluntad general se materializa es a través de la ley, por lo que todo gobierno será legítimo en la medida en que esté regido por leyes, las cuales, deben ser generales, es decir, deben considerar a los ciudadanos en cuerpo y las acciones en abstracto, jamás el hombre como a individuo ni la acción en particular.

Es preciso distinguir que Rousseau no equipara la idea de voluntad general con la idea de pueblo, “el pueblo quiere siempre el bien, pero no siempre lo ve. La voluntad general es siempre recta, pero el juicio que la dirige no es siempre esclarecido...es preciso obligar a los unos a conformar su voluntad con su razón y enseñar al pueblo a conocer lo que desea”.<sup>21</sup> En consecuencia, para Rousseau el aspecto que legitima el ejercicio del poder político radica en su concordancia con la voluntad general y por lo tanto, con el bien común.

---

<sup>19</sup> Rousseau, Juan Jacobo, *El Contrato Social*, México, Editores Mexicanos Unidos, 2002, p. 47.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 76.

Además, la voluntad general y la soberanía son para Rousseau indisolubles, pues no obstante que para la actuación del cuerpo político es necesaria la instauración de un gobierno, éste no puede considerarse soberano, ya que la soberanía como ejercicio de la voluntad general, es inalienable, e indivisible, “es absurdo y contradictorio que el soberano se dé un superior; obligarse a obedecer a un dueño, es volver al estado de plena libertad”.<sup>22</sup>

En esta obra, a Rousseau no le interesa discutir sobre la conformación del sistema de división de poderes, pero advierte las repercusiones que genera la concentración del poder político que, a decir de nuestro autor, lo degeneran<sup>23</sup> y también establece la imposibilidad de que el gobierno pueda ser soberano ya que solo se limita a ejercer lo que determina la voluntad general.

## **1.2 La división de poderes en las tradiciones jurídicas del *Common law* y del *Common civile***

Las ideas de Locke, Montesquieu y Rousseau tuvieron gran influencia en el pensamiento político de quienes encabezaron la Revolución de Independencia Norteamericana (1776) y la Revolución Francesa (1789), sin embargo, la adopción de los planteamientos teóricos de estos autores en las constituciones de los Estados no fue la misma debido a las condiciones políticas, sociales y económicas que prevalecían en cada lugar.

En Europa, la separación de poderes apareció durante mucho tiempo como sinónimo de tensión orgánica entre el poder legislativo, que había sido legitimado sobre la base del principio representativo y, el poder ejecutivo de carácter hereditario, en el cual se había ubicado al monarca como portador de un proyecto histórico diferente; en tanto, al poder judicial se le redujo al máximo su esfera de acción, debido a que se relegó su papel a mero exégeta, es decir, transmisor de la voluntad del legislador a través de la aplicación deductiva de la ley.

---

<sup>22</sup> *Ibíd.*, p. 149.

<sup>23</sup> Para Rousseau existen dos vías por las cuales un gobierno degenera, a saber: cuando se concentra o cuando el Estado se disuelve. En el primer caso, el gobierno se concentra cuando pasa del gran número al pequeño, es decir, de la democracia a la aristocracia y de ésta a la monarquía. Cfr. Rousseau, Juan Jacobo, *op. cit.*, nota 19, p. 134 y ss.

En cambio, en Estados Unidos de América “la naturaleza de poderes democráticamente legitimados que presentan, desde el origen, tanto el ejecutivo como el legislativo, permitirá plantear una cuestión que en el Viejo Continente sólo se situará en el centro de la reflexión político-constitucional muchas décadas más tarde: nos referimos a la sugerida por todos los problemas derivados de la dinámica política entre mayoría y minoría en el seno del Estado constitucional”.<sup>24</sup>

Dentro del papel que se asignó a cada uno de los poderes, encontramos diferencias en lo relacionado con la función que debía desempeñar el poder judicial.

Henry Merryman refiere que en países como Francia, el poder judicial estaba conformado por una aristocracia, en donde los puestos judiciales se consideraban como propiedades que podían comprarse, venderse y heredarse, y en general, la actuación de sus integrantes se caracterizaba por su incapacidad para distinguir claramente entre la aplicación y la elaboración de la ley, lo que se evidenció, en mayor medida, cuando los tribunales se negaban a aplicar las leyes nuevas, debio a que en ocasiones, las interpretaban en forma contraria a su intención, o bien, frustraban los esfuerzos de los funcionarios por administrarlas; además, la actividad judicial debía ser pagada por cada litigante, como si fuese un privilegio el impartir justicia y no un deber; esto explica, a decir de Merryman, la causa por la que Montesquieu y otros autores se empeñaron en teorizar la única forma segura de impedir los abusos del poder a través de su separación inicial en ejecutivo, legislativo y judicial, así como el establecimiento de una regulación cuidadosa del poder judicial para asegurar que se restringiera a la aplicación de la ley elaborada por la legislatura.<sup>25</sup>

En cambio, en los Estados Unidos e Inglaterra, el principio de división de poderes tuvo una formulación y aplicación diferente, pues los jueces habían constituido una fuerza progresista al lado del individuo contra los abusos del gobernante<sup>26</sup> y habían sido un elemento fundamental en la destrucción del feudalismo, por ello, su preocupación no era nulificar el poder de los jueces, sino establecer un sistema de frenos y balances, en el que ninguno de los poderes tuviera un aislamiento político y

---

<sup>24</sup> Blanco Valdés, Roberto, op. cit., nota 9, pp. 115-116.

<sup>25</sup> Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, ed. Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 42.

<sup>26</sup> Ídem.

se estableciera un diseño institucional a través del cual los jueces tendrían la función de evitar posibles abusos desplegados por el poder legislativo a través de la interpretación de las leyes y de la Constitución.

Bajo estas premisas, a continuación se abordará la forma en cómo se adopta el principio de división de poderes en los Estados, diferenciando si pertenecen a la tradición jurídica<sup>27</sup> del *common law* o del *common civile*.

### 1.2.1 El *Common law* y el control constitucional

Dentro de esta tradición jurídica, Estados Unidos de América constituye el paradigma representativo del principio de división de poderes. Con el movimiento de independencia de las colonias americanas, en julio de 1776 se emite la *Declaración de Independencia*, que dio lugar a un proceso de cambio político que se consolidaría con la aprobación de la primera Constitución escrita: la Constitución Americana de 1787.

La nueva Constitución Americana adopta normativamente el principio de división de poderes, pero no bajo un esquema de “supremacía del legislador” como lo proponía Montesquieu, debido a que los constituyentes de Filadelfia buscaron limitar el poder de aquél de un eventual abuso y fortalecer el papel del poder judicial,<sup>28</sup> pues consideraban que a la rama popular del gobierno no se le podía permitir tener un

---

<sup>27</sup> Algunos autores prefieren utilizar vocablos como “modelo francés” en contraste con el “modelo norteamericano” (Cfr. Blanco Valdés, Roberto L., op. cit., nota 9, p. 102), pero este concepto restringe el estudio a dos países en particular, cuando existen características generales que comparten ciertos países y se pueden agrupar en el término genérico de “tradición jurídica”, por ello se prefiere utilizar este último término para estudiar el principio de división de poderes. Entenderemos por tradición jurídica el “conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho”, en atención a lo anterior, pueden distinguirse tres tradiciones jurídicas principales: la tradición de derecho civil o romano-canónica, que surge de la influencia del derecho romano, el derecho canónico y el derecho mercantil; la tradición de derecho común o *common law*; y la tradición de derecho socialista, para efectos de nuestro estudio únicamente haremos referencia a las dos primeras tradiciones jurídicas, ya que ellas constituyen las más representativas de los países en la actualidad, además, centraremos nuestro análisis en los países que representarían a cada una de estas tradiciones jurídicas, Francia y Estados Unidos, respectivamente. Cfr. Merryman, John Henry, op. cit., nota 25, p. 17.

<sup>28</sup> En este sentido, Hamilton sostenía que “las leyes son letra muerta sin tribunales que desenvuelvan y definan su verdadero significado y alcance. Para que los tratados de los Estados Unidos tengan alguna fuerza, deben ser considerados como parte del derecho vigente en el país. Su verdadero sentido, en lo que respecta a los individuos, debe ser determinado, como todas las demás leyes, por las decisiones judiciales...” Cfr. A. Hamilton, No. XXII, en A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *El Federalista*, 2ª e., México, ed. Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 90.

dominio completo, mucho menos en lo relativo a leyes que se refieran a los derechos de propiedad; por tal motivo, se excluyó el voto directo popular en la elección del Jefe del Poder Ejecutivo; se creó por elección indirecta, un Senado que los constituyentes esperaban que representase los intereses conservadores y ricos del país y surgió un Poder Judicial independiente, designado por el Presidente de la Unión con la concurrencia del Senado.<sup>29</sup>

La Constitución Americana de 1787<sup>30</sup> no solo asignó funciones legislativas, judiciales y ejecutivas específicas, sino que también previó intervenciones de un poder en las funciones de otro, por ejemplo:

a) Intervención del poder ejecutivo en el ámbito legislativo. El vicepresidente de la Federación era a su vez presidente del Senado, y tenía voto solo en caso de empate (Artículo 1, Tercera Sección, número 4); se faculta al presidente para cubrir las vacantes que ocurran durante el receso del Senado (Artículo 1, Segunda Sección, número 3); se atribuye al presidente la facultad de convocar y suspender las Cámaras en ciertos supuestos (Artículo 2, Tercera Sección), así como de ejercer el derecho de veto (Artículo 1, Séptima Sección, número 2).

b) Intervención del poder ejecutivo en el ámbito judicial. El presidente podía nombrar a los jueces de la Corte Suprema (Artículo 1, Segunda Sección, número 2).

c) Intervención del poder legislativo en el ámbito ejecutivo. El Congreso podía designar al Presidente de la Federación entre los cinco candidatos más votados, si ninguno de ellos hubiera obtenido mayoría del número total de electores nombrados (Enmienda XII, de junio 15 de 1804).

d) Intervención del poder legislativo en el ámbito judicial. El Senado poseía el derecho exclusivo de juzgar sobre todas las acusaciones por responsabilidades oficiales (Artículo 1, Tercera Sección, número 6).

Esta configuración fue motivo de severas críticas que sostenían la vulneración del principio de división de poderes, por ello Madison estableció una defensa de la elaboración institucional vertida en la Constitución Americana, en el Número XLVII de

---

<sup>29</sup> *El Constituyente de Filadelfia de 1787 y la Judicial Review*, México, ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, pp. 39-40.

<sup>30</sup> Sobre las facultades otorgadas a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, se consultó la versión electrónica de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 en [http://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/USConstitution\\_Spanish.pdf](http://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/USConstitution_Spanish.pdf)



*El Federalista*, argumentando que solo pueden considerarse subvertidos los principios de una constitución libre cuando “todo el poder de un departamento es ejercido por quienes poseen todo el poder de otro departamento”,<sup>31</sup> lo que plantea la Constitución Americana no es una invasión de poderes de unos en otros, sino un sistema de control que evite que cada uno de los poderes se defienda de las extralimitaciones de los otros poderes, particularmente del poder legislativo que “está extendiendo por dondequiera la esfera de su actividad y absorbiendo todo dominio en su impetuoso torbellino”.<sup>32</sup>

El principal elemento de control dentro del sistema de división de poderes configurado en la Constitución Americana lo constituía el poder judicial, pues si bien no reconocía de manera expresa la *judicial review*, es decir, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, de la interpretación de sus preceptos se podía advertir la facultad de los jueces para conocer de todos los casos de derecho y equidad surgidos bajo la Constitución (Artículo Tercero, Segunda Sección), que era la ley suprema del país y, además, debían conformarse a ella, a pesar de la existencia de alguna disposición contraria a la Constitución o a las leyes de cualquier Estado (Artículo Sexto, Segunda Sección),<sup>33</sup> lo que materialmente los facultaba a inaplicar normativa contraria al orden constitucional.

El reconocimiento de la facultad conocida como *judicial review* implicaba, desde el enfoque de división de poderes, reconocer la superioridad del poder judicial sobre el poder legislativo, tema cuya discusión abordó Alexander Hamilton en el Número LXXVIII de *El Federalista*, en el que reflexiona sobre la naturaleza del poder judicial y afirma que, en relación con el poder ejecutivo y legislativo, es el más débil pues no maneja el tesoro, el ejército, ni surge de la voluntad de la sociedad, lo único que posee es su facultad de discernimiento,<sup>34</sup> por ello llama a entender a los tribunales como “un

---

<sup>31</sup> Cuando habla de departamentos se refiere a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, Cfr. Hamilton, A. Madison J. y Jay, J., op. cit., nota 28, p. 206.

<sup>32</sup> *Ibíd.*, p. 210.

<sup>33</sup> La *judicial review* tuvo su origen en 1485, en Inglaterra, y derivó de la necesidad de expresar cuestiones legales importantes en textos, sobre todo documentos constitucionales escritos, así como de que los tribunales pudieran interpretar esos documentos con base en conceptos tales como “derecho fundamental”, “derechos naturales” o gobierno que actúa con base en que sus órdenes no pueden ser ilimitadas, a través de la *judicial review* se permitía la revisión judicial de las leyes y se facultaba a los jueces a anular aquellas que violentaran la Constitución. Cfr. Noel Dowling, citado en *El Constituyente de Filadelfia de 1787 y la Judicial Review*, nota 29, p. 13 y ss.

<sup>34</sup> Hamilton, A. Madison J. y Jay, J., op. cit., nota 28, p. 331.

cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad”.<sup>35</sup>

¿Cómo resuelve Hamilton el problema de la supremacía de los poderes? Para este autor, la supremacía no debe corresponder a nadie más que al poder del pueblo, ello justifica que “donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras”.<sup>36</sup>

Bajo esta concepción, los jueces se erigen como guardianes del orden constitucional que buscan proteger a las minorías frente a los abusos de las mayorías, ya que, en algunos casos, “éstos no van más allá de perjudicar en sus derechos privados a una clase determinada de ciudadanos, por medio de leyes injustas y parciales. Aquí también reviste gran importancia la firmeza de la magistratura al mitigar la severidad y limitar los efectos de tales leyes”,<sup>37</sup> las cuales en todo momento deberán estar conforme a un orden constitucional que sólo podrá ser modificado a través de la instauración de un poder constituyente y no de un poder constituido.

Lo que parecía una función meramente jurídica atribuida a los jueces a través del control judicial de las leyes, sería vista por Alexis de Tocqueville como una función que les asignaba un inmenso poder político, ya que “el poder concedido a los tribunales norteamericanos de pronunciar fallos sobre la anticonstitucionalidad de las leyes, forma una de las más poderosas barreras que se hayan levantado contra la tiranía de las asambleas políticas”.<sup>38</sup>

Con este esbozo, se puede apreciar que la Constitución Americana de 1787 establecía una configuración particular del principio de división de poderes que buscaba un sistema de frenos y contrapesos entre el ejecutivo, legislativo y judicial; además, otorgaba una función jurídica y política importante a éste último, al ser garante del orden constitucional y de la voluntad del pueblo, que se expresaba en la Constitución y que era, a su vez, el canon interpretativo para todas las leyes y la fuente de protección de las garantías de las personas, circunstancia que no se debe perder

---

<sup>35</sup> *Ibíd.*, p. 332.

<sup>36</sup> *Ídem.*

<sup>37</sup> *Ibíd.*, p. 334.

<sup>38</sup> Tocqueville, Alexis, *La democracia en América*, 2ª e., 11ª reimpr., México, ed., Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 110.

de vista para comprender las diferencias que guarda con la configuración de la división de poderes en la tradición jurídica romano-canónica.

### 1.2.2 El *Common civile* y la codificación del derecho

Como se refirió antes, Francia constituye uno de los países más representativos de la tradición jurídica del *common law*, por lo que en ese apartado se abordará la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789), documento que surgió después de la Revolución Francesa y que se convirtió en el preámbulo de la primera constitución instaurada con dicha revolución (1791).

La referida Declaración refleja el modelo de división de poderes al cual se acogió la Asamblea Nacional Constituyente Francesa, esto es, el modelo de la supremacía del legislador, y en consecuencia, de supremacía de la ley, según se puede observar de la interpretación sistemática de los artículos 6º y 16º, que establecían:

Artículo 6.- La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos.

(...)

Artículo 16.- Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.

Con esto, los constituyentes franceses establecieron la separación de poderes como necesaria para garantizar los derechos; sin embargo, de la lectura del preámbulo de esta Declaración, es importante observar que sólo se hace referencia al poder legislativo y ejecutivo y no al judicial, ¿a qué podemos atribuir esta circunstancia? Explica Clavero que no es que los Constituyentes Franceses hayan negado la necesidad de la existencia de los jueces, sino que solo les restaron importancia como poder entre poderes.<sup>39</sup>

En el sistema de división de poderes desempeña un papel fundamental la “voluntad general”, pero no en el sentido propuesto por Rousseau, ya que los

---

<sup>39</sup> Clavero, Bartolomé, *El orden de los poderes*, España, ed. Trotta, 2007, p. 113.

franceses utilizaron esa expresión para explicar por qué debía otorgarse mayor peso político al legislador, pues éste representaba la “voluntad general”, es decir, la voluntad del pueblo, de ahí que debía adquirir una confianza plena. La realidad política ha demostrado que el poder legislativo puede cometer excesos, por lo tanto, no puede considerarse omnipotente ni mucho menos se pueden excluir mecanismos de control sobre su actuación.

Los constituyentes franceses tampoco retomaron de Rousseau el concepto de legitimación del poder político, es decir, del respeto por la soberanía, la cual en ningún momento dejaba de pertenecer a la voluntad general y en consecuencia, para Rousseau no era posible transmitirla al poder legislativo.

En los ordenamientos constitucionales posteriores, los franceses plantearon un esquema similar que atiende al modelo de supremacía del legislador, lo que políticamente encuentra su explicación en el complejo equilibrio que se establecía entre los dos órganos fundamentales del Estado en ese momento histórico, es decir, entre el Rey y el parlamento.<sup>40</sup>

Otra de las características de esta tradición jurídica consiste en que los Estados, ante la coexistencia de diversos ordenamientos jurídicos, plantearon la necesidad de sistematizar y codificar sus ordenamientos legales, con la finalidad de evitar confusiones, inseguridad e incertidumbre en la aplicación del derecho, por lo que, atentos a la idea de la supremacía de la ley, establecieron un dogma según el cual el sistema jurídico es claro, completo y coherente,<sup>41</sup> pero esa codificación corresponde, a decir de Juan Ramón Capella, al ideal burgués de perdurar, ya que el código es el arquetipo de norma permanente,<sup>42</sup> que no podría ser modificado fácilmente, dado el carácter abstracto y general con el que se construyó; además, evidenciaba un absoluto olvido de la realidad que está en constante cambio, pues no existe ninguna norma, ley o código que sea tan claro y completo que permita una interpretación para todos los

---

<sup>40</sup> Blanco Valdés, Roberto, op. cit., nota 9, p. 212.

<sup>41</sup> Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Tomo 3, Siglos XIX y XX, Madrid, ed. Pirámide, 1988, p.15 y ss.

<sup>42</sup> Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*, Trotta, España, 1997, p. 138.

casos que en los hechos se presentan,<sup>43</sup> particularmente en contextos históricos y políticos diferentes.

Una de las sistematizaciones más importantes del derecho moderno se realizó en Francia en 1804, con el Código de Napoleón, ordenamiento que estableció una separación completa de los poderes, al eliminar la posibilidad de que nadie más que el legislativo pudiera elaborar e interpretar la ley, así como al limitar las actividades jurisdiccionales a la mera aplicación de la ley; sin embargo, ¿qué debía hacer el juez, cuando en su afán de resolver un conflicto, encontraba que la ley era oscura, insuficiente o simplemente no preveía una solución para el caso particular?

En una situación así el juez no podía dejar de aplicar el derecho, por ello, el artículo 4º del Código de Napoleón refería: “El juez que rehusare juzgar bajo pretexto de silencio, de oscuridad o de insuficiencia de la ley, podrá ser procesado como culpable de denegación de justicia”. Pero ¿cómo conciliar la obligación del juez de resolver un problema, -cuando la ley no ofrece solución posible-, con la limitación a ser solo la “boca de la ley”, como lo establecía Montesquieu? Encontramos aquí un gran conflicto, pues aun con la inexistencia de una disposición legislativa, el juez estaba obligado a resolver a través de la interpretación, lo que implicaba crear supuestos normativos inexistentes, pero al hacerlo estaría invadiendo funciones legislativas y, con ello, vulnerando el principio de separación de poderes.

Norberto Bobbio<sup>44</sup> refiere que al analizar los discursos de uno de los impulsores del proyecto del Código de Napoleón ante el Consejo del Estado Francés, advirtió que la intención original de los redactores de dicho código era recurrir a la equidad, ya que en el proyecto original, el artículo 9º del Libro Preliminar del Código de Napoleón establecía: “En las materias civiles, el juez, a falta de leyes precisas, es un ministro de equidad. La equidad es el retorno a la ley natural y a los usos adoptados en el silencio de la ley positiva”. No obstante, en el proyecto final se eliminó dicha mención limitando la interpretación realizada por los jueces conforme al orden normativo establecido y no atendiendo a criterios de equidad.

---

<sup>43</sup> Cappelletti, Mauro, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la ‘justicia constitucional’”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 6, Número 17, Mayo-Agosto, 1986, p. 25, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79326>

<sup>44</sup> Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico: lecciones de filosofía del derecho*, Madrid, ed. Debate, 1993, especialmente el capítulo primero “Presupuestos Históricos” sobre el positivismo jurídico, pp. 43-60.

Para la tradición jurídica romano-canónica, el principio de división de poderes se entendió de manera tajante y rígida, por lo tanto, las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales eran independientes entre sí, ninguno de los poderes podía invadir las funciones de uno u otro, y en todo caso, cuando esta intervención se permitía, sólo era dable para el legislativo sobre cualquiera de los otros dos poderes.

Sobre este aspecto, Bartolomé Clavero refiere que desde la óptica del derecho, pareciera que la configuración del principio de división de poderes obedece a una lógica de ley-gobierno-justicia, es decir, una lógica en la cual “el poder legislativo iría en primer lugar porque sería el encargado de alumbrar, desenvolver y codificar conforme a la Constitución, comenzándose por los derechos, el ordenamiento jurídico que habría de dirigir más inmediatamente la acción del poder ejecutivo y, mediando iniciativa de parte, el desempeño del poder judicial, el que garantiza las libertades particulares en concreto”,<sup>45</sup> lo cual nos llevaría a suponer que el diseño institucional del Estado, buscaba antes que nada, garantizar un esquema de derechos frente al poder, dando una prevalencia absoluta a la ley, en consecuencia, al poder legislativo.

No obstante, el propio Clavero exhorta a tener presente que, en la práctica, quienes han prevalecido en la construcción política del sistema de división de poderes no han sido los derechos, sino los poderes políticos, particularmente en los países que adoptaron la tradición jurídica romano-canónica, como lo fue América Latina, en donde se retomaron las ideas liberales que configuraron el principio de división de poderes conforme a las características del sistema romano canónico.

### **1.3 Características del estado legislativo de derecho**

En los países pertenecientes a la tradición jurídica del *common civile*, el Estado Moderno se caracterizó por la supremacía de la ley sobre la costumbre y la interpretación de la misma sobre los precedentes judiciales, con la finalidad de eliminar la arbitrariedad de la actividad estatal que pudiera afectar a los ciudadanos lo que, a

---

<sup>45</sup> Clavero, Bartolomé, op. cit., nota 39, p. 23.

decir de Zagrebelsky, invirtió la relación entre poder y derecho “no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*”.<sup>46</sup>

Durante el siglo XIX y parte del siglo XX se consolidó en Francia y parte de Europa una ideología eminentemente legalista que algunos autores han denominado como estado legislativo de derecho caracterizado por:<sup>47</sup>

- La monopolización de la producción jurídica por parte del Estado, lo que permitió reafirmar la omnipotencia del legislador e instaurar al principio de legalidad como garantía de certeza y libertad frente a cualquier acto de arbitrariedad, por tanto, adquiere el carácter de norma de reconocimiento del derecho válido.
- El derecho se convirtió en una disciplina cognoscitiva cuyo objeto de estudio fue el derecho positivo, el cual se podía abordar de manera autónoma e independiente de cualquier factor social, político o económico.
- Los jueces sometieron su actuación a la ley y al principio de legalidad como únicas fuentes de legitimación, por tanto, no importaba la verdad o la justicia del derecho, sino que lo relevante era que la actuación judicial fuese acorde con lo establecido por la norma, con lo que se reafirmó la metáfora de Montesquieu respecto al que el juez debía ser exclusivamente “boca de la ley”.

No obstante, la aparente sujeción del poder político al derecho a través del principio de legalidad, la realidad mostró que era posible ejercer el poder de manera arbitraria por vías legales debido a que al centrar la atención en la forma y no en el contenido de las normas jurídicas, fue posible asignar el contenido conveniente a los grupos que conformaban las estructuras de poder y, con ello, se perdió la posibilidad de ejercer un control eficaz de los actos legales.

#### **1.4 Crisis del Estado liberal y contexto político del surgimiento del neoconstitucionalismo**

Zagreblesky afirma que el estado de derecho se convirtió en una fórmula carente de significado sustantivo, desde el punto de vista estrictamente político-

---

<sup>46</sup> Zagreblesky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, ed., Trotta, 2011, p. 21.

<sup>47</sup> Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del estado de derecho”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, 4ª e., México, ed. Trotta-Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, pp. 15-17.

constitucional, porque omitió el análisis de las funciones y fines del Estado y la naturaleza de la ley, “el calificativo de Estado de derecho se habría podido aplicar a cualquier situación en que se excluyese, en línea de principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley, cualquiera que ésta fuese”,<sup>48</sup> ello explica por qué los regímenes totalitarios justificaron sus actos porque provenían de leyes formalmente aprobadas y vigentes y, con apoyo en esa situación, se concibieron como estados de derecho.

A partir de la segunda posguerra mundial, se inicia el proceso de “juridificación” de la Constitución, es decir, ya no se le concibe como un plan político de “buenas intenciones”, sino como norma jurídica que vincula a todos los poderes del Estado y que reconoce y garantiza los derechos de las personas, por eso en el Estado Constitucional prevalece una democracia de división de poderes, en la que ningún órgano del Estado tiene poder soberano y se rige por el principio de supremacía de la Constitución.

En sentido estricto, el Estado constitucional de derecho es una forma perfeccionada del Estado de derecho, en el que “cualquier poder debe ser conferido por la ley y ejercido en las formas y procedimientos por ella establecidos”,<sup>49</sup> situación que se asocia con el principio de legalidad en sentido lato, es decir, con la validez formal, en donde la ley se considera la fuente principal del derecho porque es producto de la expresión soberana representada y aprobada por el legislador.

Sin embargo, la característica fundamental del Estado Constitucional es el respeto y garantía de los derechos fundamentales, entendidos éstos como derechos adscritos universalmente a las personas, ya sea en calidad de ciudadanos o como capaces de ejercicio,<sup>50</sup> de carácter inviolable, inderogable, indisponible, inalienable y universal, dentro de los cuales se pueden mencionar el derecho de libertad y los derechos sociales.

La diferencia entre ambos modelos radica en que para el Estado constitucional importa el control del poder político realizado por la ley y el respeto a los derechos fundamentales, es decir, se toma en cuenta no sólo el aspecto formal, sino también el

---

<sup>48</sup> Zagreblesky, Gustavo, op. cit., nota 46, pp. 22-23.

<sup>49</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Madrid, ed. Trotta, 1995, p. 856.

<sup>50</sup> Ferrajoli, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, México, ed. Fontamara, 2004, p. 286.



aspecto sustancial, lo que significa que las leyes serán válidas en la medida en que respeten las normas fundamentales del sistema constitucional y se logre “la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial”,<sup>51</sup> en pocas palabras, el Estado constitucional busca someter el poder a los derechos.

Las diferencias entre el Estado constitucional y el Estado de derecho, apoyados en las consideraciones de Luis Prieto Sanchís, podrían esquematizarse de la siguiente forma:<sup>52</sup>

**Tabla 1. Características del estado de derecho y del Estado Constitucional**

Estado de derecho	Estado constitucional
<ul style="list-style-type: none"> <li>• El derecho positivo es el único derecho y en él se agota toda posible normatividad “<i>No hay otra justicia más que la legal</i>”.</li> <li>• La ley, como expresión de la voluntad soberana, debe ser la suprema e indiscutible fuente del derecho.</li> <li>• Concepción estatalista y legalista de las fuentes de derecho</li> <li>• Concibe al sistema jurídico como unitario, pleno y coherente.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Es una alteración interna del paradigma positivista clásico, significa una verdadera revolución basada en principios, derechos y directrices sustanciales.</li> <li>• La ley se somete a vínculos no formales sino sustanciales impuestos por los principios y derechos.</li> <li>• La jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional.</li> </ul>

La propuesta teórica que subyace al neoconstitucionalismo consiste en configurar un tipo de Estado, el Estado Constitucional de Derecho, en el que las leyes y actos de gobierno se someten a juicios de validez formal y a criterios sustantivos o de contenido, que se fundamentan en el respeto y protección de los derechos constitucionales civiles, políticos y sociales;<sup>53</sup> además, propugna limitar el poder que

<sup>51</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, nota 49, p. 857.

<sup>52</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 21 y ss.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 105.

revisten los juzgadores, a través de una normativa superior que regula tanto las directrices de su labor jurisdiccional, como las decisiones que en alguna medida, deban o no adoptar. Esta propuesta ha generado un serio debate sobre el papel que desempeña el poder judicial dentro del diseño institucional del Estado Constitucional de Derecho, dividido en dos grandes vertientes, por un lado, existen partidarios que se inclinan por defender la existencia de un poder judicial “nulo o mínimo”, en el que los jueces se erigen como simples aplicadores del derecho, y cuya actividad se constriñe a averiguar el sentido o el significado de una norma, por ende, su labor es una actividad técnica y neutra que debe enfocarse a encontrar algo preexistente,<sup>54</sup> a través de un razonamiento deductivo dado por el uso de silogismos jurídicos<sup>55</sup> desarrollando una participación política limitada, pasiva y sustancialmente subordinada, a la normatividad emanada de quienes legalmente se encuentran facultados para erigir leyes.

Por otro lado, hay quienes afirman que la tarea principal del poder judicial dentro de un Estado Constitucional de Derecho, es mantener el respeto a los derechos fundamentales, a través de una especie de “activismo” en donde importa la racionalidad que los juzgadores viertan en sus resoluciones, por lo tanto, dichos operadores jurídicos deben interpretar el sentido de la normatividad considerando que ésta posee una estructura abierta y que se encuentra en tensión permanente debido a que protege simultáneamente intereses de grupos distintos, de ahí que deba enfatizar su labor en aquellos espacios donde el legislador fue vago e impreciso, o sencillamente, no previó situaciones particulares al momento de elaborar la norma jurídica aplicable al caso concreto.

La función que el juzgador realiza en el Estado Constitucional de Derecho, generalmente se realiza a través del Tribunal Constitucional y exige que su labor interpretativa y argumentativa, no solo se enfoque a la normatividad previamente establecida, sino que su análisis abarque, inclusive, la aplicación de principios y valores inherentes a derechos fundamentales, aun cuando el orden jurídico que resulte aplicable al caso concreto, no los contemple de forma expresa.

---

<sup>54</sup> Sagües, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Argentina, ed. Astrea, 2001, p. 147.

<sup>55</sup> El silogismo jurídico hace referencia al mecanismo lógico de tipo deductivo, a través del cual se juzga, en donde la premisa mayor es la ley, la premisa menor es el acto o hecho concreto y la conclusión es la decisión final tomada por el juez a través de un proceso de subsunción. El gran cuestionamiento al silogismo jurídico radica en que se hace a un lado el proceso de análisis a través del cual se establecen las premisas.

No se debe perder de vista que los jueces constitucionales desempeñan una función que va más allá de la solución de conflictos entre particulares, ya que su misión es resolver controversias entre órganos políticos buscando que los actos que emitan no vulneren sus esferas de competencia ni mucho menos transgredan los derechos humanos, por ello, los jueces constitucionales no se limitan a “decir el derecho”, sino que deciden conflictos que atañen a la *res publica*, de ahí la necesidad de mantener una vigilancia minuciosa de la función que desempeñan.

En contraste con lo anterior, la característica fundamental del Estado constitucional es el respeto y garantía de los derechos fundamentales, entendidos éstos como los “derechos que son adscritos universalmente a todos en cuanto personas, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de ejercicio”,<sup>56</sup> de carácter inviolable, inderogable, indisponible, inalienable y universal, dentro de los cuales se encuentran el derecho de libertad y los derechos sociales.

Para el Estado Constitucional importa el control del poder político realizado por la ley y el respeto a los derechos fundamentales, es decir, se toma en cuenta no sólo el aspecto formal, sino también el aspecto sustancial, lo cual significa que las leyes serán válidas en la medida en que respeten las normas fundamentales del sistema constitucional y se logre “la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial”,<sup>57</sup> en pocas palabras, el Estado constitucional busca someter el poder a los derechos.

En este contexto, el Estado constitucional nos permite plantear un nuevo paradigma jurídico, en el que los encargados de velar por la vigencia de las normas desde un punto de vista sustancial sean las autoridades, quienes deberán resolver los conflictos observando la correspondencia de las leyes a las normas constitucionales, el respeto a los derechos fundamentales y el control del poder político en un ambiente de pluralidad, el cual “...no se limita ya a programar solo la forma de producción del derecho mediante normas procedimentales sobre la formación de las leyes sino que

---

<sup>56</sup> Ferrajoli, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, nota 50, p. 286.

<sup>57</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, nota 49, p. 857.

programa además sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios de justicia -la igualdad, la paz, la tutela a los derechos fundamentales- inscritos en las constituciones”.<sup>58</sup>

Por cuanto hace a la concepción que se tiene de la Constitución, no se reduce a una simple norma jurídica con carácter supremo, sino cuando se reconoce que ella “sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde su supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema”,<sup>59</sup> desde esta perspectiva, se le asigna a la Constitución un valor jurídico y un valor político<sup>60</sup> que se refleja al incluir principios y valores que regulan a una sociedad plural y que exigen coexistencia entre ellos; misma que se puede visualizar cuando observamos, por una parte, las normas constitucionales que plantean la libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales; la igualdad ante la ley, pero también la igualdad respecto a las situaciones; el reconocimiento de los derechos individuales y el reconocimiento de los derechos colectivos y de los derechos de la minorías, etc. Estos principios y valores son los que están en juego cuando el juez constitucional resuelve los asuntos que ante él se presentan.

Se hace una especial referencia al concepto de Constitución, el cual designa no sólo el ordenamiento jurídico de carácter supremo del que emanan todo el sistema normativo, sino que se debe entender bajo una perspectiva axiológica, la cual, según el modelo propuesto por Peter Häberle, sostiene que la constitución es un proceso abierto a los ciudadanos, por tanto, la interpretación constitucional “abarca no sólo los procesos jurídicos “corrientes”, es decir, los ventilados ante los tribunales, sino “los más amplios”, en los que los ciudadanos se hallan presentes de forma activa y pasiva, especialmente en cuanto a los actos de la comunidad política, ya que todos ellos revitalizan la propia Ley Fundamental.”<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Colombia, ed. Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 167.

<sup>59</sup> García Entería, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª e., España, ed. Civitas, 1983, p. 123.

<sup>60</sup> El valor jurídico de la constitución se refiere a la existencia de un ordenamiento jurídico que resulta aplicable a los operadores políticos y sus relaciones de éstos con los particulares, en tanto que el valor político implica que la Constitución se encarga de organizar y disciplinar el ámbito funcional de los poderes del Estado. Cfr. Blanco Valdés, Roberto L., op. cit., nota 9, p. 38.

<sup>61</sup> Häberle, Peter, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, ed. Tecnos, 2002, p. 89.

El modelo axiológico de Constitución nos permite utilizar modelos argumentativos que reconocen la existencia de principios y valores contenidos en las normas constitucionales, las cuales, al entrar en conflicto, requieren de métodos especiales de resolución, tales como la ponderación, la cual tiene como ventaja permitir la búsqueda de la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor<sup>62</sup>, es decir, cuando existe un conflicto entre derechos fundamentales o bienes constitucionales de la misma jerarquía y que en los últimos tiempos se ha convertido en el común denominador de los conflictos planteados ante la Corte.

### 1.5 El papel del Tribunal Constitucional en un sistema político

Históricamente surgen en Europa ante los horrores que provocaron las dictaduras políticas que precedieron la Segunda Guerra Mundial, con la finalidad de crear un tribunal encargado de juzgar los crímenes de guerra cometidos por los gobiernos nazistas y fascistas, apoyados en el orden jurídico que ellos mismos crearon para justificar sus actos. Hay quienes afirman que el Tribunal Constitucional representa un intento por someter la política al derecho;<sup>63</sup> sin embargo, más que una idea de subordinación los tribunales constitucionales son mecanismos institucionales que tienden a generar un equilibrio y control entre los poderes dentro del sistema político.

El Tribunal Constitucional es “una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos”,<sup>64</sup> en donde los jueces resuelven conflictos de carácter constitucional, en los que están implicados la revisión de la actuación del poder legislativo, la protección de los

---

<sup>62</sup> Prieto Sanchís, Luis, op. cit., nota 52, p. 189.

<sup>63</sup> Luigi Ferrajoli habla de un verdadero cambio de paradigma con el cual se da surgimiento al Estado Constitucional de derecho, en el cual se busca concebir al derecho ya no como instrumento de la política, sino a la política como instrumento para la actuación del derecho y de principios y derechos fundamentales inscritos en la Constitución, en este sentido hace referencia al juez “democrático”, es decir, aquel que juega un papel fundamental dentro de la democracia sustancial: ya que ésta se refiere no sólo a las formas, es decir, el “quién” o el “cómo” de las decisiones, determinadas por la regla de mayoría, sino a su sustancia, es decir, el “qué” de las decisiones mismas, su contenido o significado. Cfr. Ferrajoli, Luigi, “El papel de la función judicial en el estado de derecho”, en Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, México, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 92 y 97.

<sup>64</sup> Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, España, ed. Ariel, 1994, p. 13.

derechos fundamentales y la distribución de competencias entre los poderes constituidos.

Es precisamente la naturaleza de los conflictos que resuelve el Tribunal lo que nos lleva a observar que no se trata de una institución más dentro del sistema político y que opera no sólo como una fuerza jurídica sino también como una fuerza política,<sup>65</sup> en donde lo “político” no se relaciona exclusivamente con la lucha por el poder sino con la *res pública* en su conjunto, “todas las funciones estatales son funciones políticas en este sentido. Se diferencian por la manera o modo en que actúan en el marco de la división republicana del trabajo, pero no se contraponen al derecho o algo parecido... nadie ofrece hasta ahora una clara separación de Derecho y política. Ello no puede asombrar: en realidad no se puede encontrar”.<sup>66</sup>

En ese tenor, un tribunal constitucional realiza una función de garante de los derechos fundamentales y de la división de poderes, a través de distintos procedimientos, pero siempre mediante la actividad interpretativa de las normas constitucionales, que puede observarse, según lo señala Javier García Roca, en lo siguiente:<sup>67</sup>

1. El control de la constitucionalidad de la ley, ya que a través de esta función se custodia la división constitucional de poderes.
2. Asegurar a las minorías frente a la arbitrariedad de la mayoría, particularmente cuando se trata de observar si las reformas constitucionales o legales no contravienen la voluntad del poder constituyente.
3. Garantizar los derechos fundamentales.
4. La revisión de controversias competenciales entre entes territoriales supone preservar la división vertical del poder entre entes de un mismo Estado.
5. Dirimir conflictos entre los órganos del Estado sirve para custodiar las reglas de la división horizontal del poder.

La concepción de la Constitución con un valor político y con un valor jurídico ha permitido revalorar la función del poder judicial, particularmente la del Tribunal

---

<sup>65</sup> Häberle, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional. Con especial referencia al Tribunal Constitucional Alemán*, México, Porrúa, 2005, p. 99.

<sup>66</sup> *Ibídem*, p. 100.

<sup>67</sup> García Roca, Javier, “Del principio de la división de poderes”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), No. 108, Abril-Junio de 2000, p. 57, [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE\\_108\\_043.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_108_043.pdf)

Constitucional, dentro del sistema de división de poderes, pues su actividad no se reduce a la justificación lógica de sus decisiones, sino que exige la vigilancia sustancial de las mismas, aunque esto implique el cuestionamiento de las actividades desplegadas por cualquiera de los otros dos órganos de gobierno.

Bajo este orden de consideraciones, conviene ahora hacer referencia a las críticas y cuestionamientos que se han efectuado en contra del papel “activo” desplegado por los jueces a través de su actividad jurisdiccional, ya que sus decisiones jurídicas no sólo han tenido repercusiones directas dentro del sistema político, sino que también han replanteado el contenido de conceptos políticos tales como el de legitimidad y los límites de la función legislativa y judicial. Además, han puesto en evidencia la relación estrecha que existe entre la política y el derecho a través de dos fenómenos que algunos autores han denominado “judicialización de la política” y “politización de la justicia”.

a) Falta de legitimidad democrática. La función del juez constitucional nos plantea una disyuntiva interesante, en la cual es necesario preguntarse si el legislador, por representar la voluntad de una mayoría que lo eligió democráticamente, debería tener mayor preeminencia y sus decisiones ser “superiores” a las de los otros órganos políticos, o bien, si el juez, en las condiciones que venimos apuntando, debería prevalecer al ser el garante de los derechos fundamentales y supervisor de la legalidad y la constitucional de los actos de gobierno. Esta idea es conocida comúnmente como argumento contramayoritario y sostiene, esencialmente, que la función jurisdiccional adolece de un carácter democrático de origen debido a que sus funcionarios no fueron electos popularmente; además, en cuanto al resultado, es común que la función jurisdiccional tome decisiones en contra de una mayoría determinada. En consecuencia, el argumento contramayoritario sostiene que las decisiones judiciales no pueden prevalecer sobre las decisiones de cualquier órgano que sí cumple con la característica de legitimidad democrática, tanto en su origen como en su resultado.

Es respuesta al argumento contramayoritario es conveniente referir que el que los integrantes de un órgano del Estado no sean elegidos popularmente, ello no implica que sean ilegítimos, en este punto recordemos lo que refería Max Weber, los órganos

el Estado esencialmente cuentan con una legitimidad racional, ya que es aceptada porque se considera que es inevitable por motivos racionales.<sup>68</sup>

Si por el contrario, lo que buscamos es realizar una crítica más detallada sobre las implicaciones de la legitimidad que no se reducen a una cuestión de mera legalidad, entonces es necesario, como lo refiere Jongitud Zamora, considerar que la legitimidad implica:

(...) una serie de consideraciones de corte axiológico o valorativo, que algunos verán concretados, sin pretender el agotamiento de la cuestión, en el valor globalizador de la justicia, otros en la protección y promoción de los derechos humanos o de los derechos fundamentales, y otros tantos en el reconocimiento de ciertas normas y principios del derecho natural o en la instauración de un auténtico Estado democrático de derecho.<sup>69</sup>

Aunado a lo anterior, un juicio de legitimidad exige analizar el origen de los órganos de gobierno, que no se reduce a una mera cuestión de elegibilidad popular, en donde se advierta que cumplen con los criterios de legalidad para ocupar los puestos que ocupan y sobre todo, en donde se observe si las reglas por las cuales llegan a esos puestos garantizan la independencia y autonomía en el ejercicio de sus funciones, análisis que por supuesto no sólo debería aplicarse a los jueces sino también al Ejecutivo y al Legislativo.

Con relación a la segunda parte del argumento contramayoritario, Mauro Arturo Rivera León, afirma que la crítica contramayoritaria no es una crítica planteada en aspectos teóricos sino esencialmente pragmática, la crítica se desata como rechazo directo al resultado, no al método obtenido.<sup>70</sup>

Pensemos por ejemplo en el caso en el que el juez constitucional declara la invalidez de una ley aprobada por una mayoría absoluta dentro del legislativo, ¿cómo entender que una minoría de jueces constitucionales invalide las decisiones de una mayoría, que además representa la voluntad del pueblo?

---

<sup>68</sup> Weber, Max, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000. Etimológicamente, legitimidad significa “conforme a las leyes, justo, perfecto, concedido, permitido, verdadero, genuino”, concepto que regularmente se confunde con el término de “legalidad”; sin embargo, mientras la legalidad se reduce al ámbito formal de la conformidad con las leyes, el término legitimidad contiene además referencia a lo que es “justo”. Cfr “Legitimidad”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, ed. Driskill, 1964, T. XVIII, p. 207.

<sup>69</sup> Jongitud Zamora, Jacqueline, “Legalidad, legitimidad y legitimación. Implicaciones Éticas”, en Cáceres, Enrique, et. al. (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, ed. UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 359.

<sup>70</sup> Rivera León, Mauro Arturo, “Ecos del argumento contramayoritario”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 22, México, enero-junio de 2010, p. 235, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)



El problema del cuestionamiento a la actividad jurisdiccional surge por una falta de cuidado en el análisis de la función que cada órgano de gobierno lleva a cabo y es que, efectivamente, el legislativo debe elaborar leyes en atención a las necesidades del pueblo al que representa. En cambio, las decisiones de los jueces no pueden depender del consenso de la mayoría, “no se puede condenar o absolver a un ciudadano porque ello responde a los intereses o la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable”<sup>71</sup> y si pensamos en el caso hipotético de la invalidez de una ley, a través del control constitucional llevado a cabo por los jueces, lo único que se busca es que las disposiciones legislativas no contravengan un orden constitucional, que a final de cuentas fue elaborado por un poder constituyente que prevalece sobre un poder constituido, los jueces tienen una directriz para la acción que al mismo tiempo es su limitante: la Constitución, y esta circunstancia no los vuelve ilegítimos, al contrario, alcanzan su legitimidad en la medida en que se encargan de hacer valer los principios contenidos en el orden constitucional.

Si los derechos fundamentales tales como la libertad de expresión, de opinión o de asociación se pudiesen limitar sin los debidos procedimientos por la mayoría de hoy, estaríamos ante una actuación legislativa ilegítima y autoritaria:

(...) y esto no es menos verdad para los “nuevos derechos” de naturaleza económica y social, por cuanto su razón fundamental es hacer efectivo el más elemental de todos los títulos democráticos: el derecho de acceso al sistema político y de derecho. De este modo, lejos de ser intrínsecamente antidemocrática y antimayoritaria, la justicia constitucional aparece como un instrumento fundamental para proteger los principios mayoritario y democrático del riesgo de corrupción. Nuestro ideal democrático, para dejar este punto bien claro, no es de todas formas, aquel en que la voluntad mayoritaria es omnipotente.<sup>72</sup>

Por tanto, la legitimidad de los jueces no deviene de su carácter consensual ni mucho menos de su carácter representativo, sino deviene de la importancia de su actividad dentro del sistema de división de poderes, su actividad como garante de la Constitución, protector de los derechos y controlador del poder político.

b) ¿Legislador negativo? Esta crítica se presenta comúnmente cuando un juez constitucional determina que una disposición legislativa contraviene el sentido de las

---

<sup>71</sup> Ferrajoli, Luigi, “El papel de la función judicial en el estado de derecho”, en Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, nota 63, p. 99.

<sup>72</sup> Cappelletti, Mauro, op. cit., nota 43, p. 25.

normas constitucionales, pero no sólo declara la invalidez de esa disposición, sino que determina que esta invalidez tiene efectos *erga omnes*, es decir, efectos oponibles a todos, lo cual lleva a cuestionar la labor jurisdiccional pues, a través de esta facultad funciona como un legislador en sentido negativo, es decir, a pesar de que el juez no tiene facultades de intervención para crear o derogar leyes, posee atribuciones que en los hechos le permiten anularlas o invalidarlas.

Zagrebelsky se pregunta si hoy en día nos encontramos ante un desplazamiento de poder político, es decir, ante una apropiación indebida de poder del legislador por parte del juez<sup>73</sup> y aunque parezca que el juez ejerce un poder político superior al legislador al anular las leyes que considera inconstitucionales, lo cierto es que no puede interpretarse esta actividad como legislación en sentido negativo, al contrario, el juez constitucional afirma y da validez con su actuar, la legislación que lo vincula, y que en el caso lo constituye una norma constitucional, “los jueces que ejercen funciones constitucionales tienen como punto de referencia los textos normativos por cuyas interpretaciones y aplicación son instituidos. No se trata de desatarse de esos textos, sino de orientar con ello la interpretación en un sentido antes que en otro, según los márgenes que la interpretación en todo caso permite”.<sup>74</sup>

En ese sentido, más que una función negativa desplegada por los jueces, el papel que desempeñan evita no sólo la vulneración del orden constitucional, sino sobre todo, la usurpación del poder legislativo por parte de grupos de interés que legislan sin tomar en cuenta los principios y valores fundamentales insertos en la Constitución y que regularmente contravienen el propio interés del pueblo al que dicen representar.

c) “Judicialización de la política. Esta expresión ha permeado tanto el ámbito del Derecho como el ámbito de la Ciencia Política, por lo que resulta oportuno tratar de clarificar su significado.

En el contexto jurídico-electoral, se denomina judicialización de la política a la sustitución de un sistema de carácter político, por uno de naturaleza eminentemente jurisdiccional, es decir, “el paso de un sistema donde las impugnaciones electorales se

---

<sup>73</sup> Zagrebelsky, Gustavo, “El juez constitucional en el siglo XXI”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús, *El juez constitucional en el siglo XXI*, T. I, México, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 6.

<sup>74</sup> *Ibidem*, 26.

resuelven por órgano político conforme a criterios de oportunidad política, a uno en que se resuelven por órgano jurisdiccional de acuerdo con los principios de constitucionalidad y legalidad”.<sup>75</sup>

En el ámbito político, la expresión alude a la situación en la que los jueces se convierten en “árbitros definitivos del proceso político y guardianes de los postulados valorativos consagrados por la Constitución”,<sup>76</sup> a través de su facultad para llevar a cabo el control constitucional de las leyes.

La “judicialización de la política” se atribuye no sólo a un modelo institucional que propicia la división de poderes con la existencia de un órgano encargado de realizar el control de la constitucionalidad, sino sobre todo a la existencia de un sistema político caracterizado por:<sup>77</sup>

1. Una creciente fragmentación del poder dentro de las ramas políticas que limita la capacidad para legislar e impide una toma de decisiones efectiva entre los actores políticos.

2. La certeza de que los tribunales sean confiables para proteger un amplio rango de valores, dentro de los que se encuentran por supuesto los derechos fundamentales, en contra de un potencial abuso del poder político.

Sin estos presupuestos difícilmente podemos hablar de una judicialización de la política, pues como veremos al analizar el caso de México, el sistema político presentó algunas de estas características que propiciaron la aparición de la “judicialización de la política”, particularmente durante ciertos periodos presidenciales.

Podemos advertir una inclinación hacia la “judicialización” de la política cuando se manifiesta una creciente asertividad de los jueces constitucionales frente a los casos de corrupción política, en donde se persigue sin miramientos incluso a las más encumbradas figuras políticas;<sup>78</sup> así como con la reglamentación directa de la actividad

---

<sup>75</sup> Orozco Henríquez, Jesús, “Judicialización de la política y legitimidad judicial”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Corte, jueces y política*, México, ed. Fontamara-Nexos, 2007, p. 99.

<sup>76</sup> Cambellas, Ricardo citado en Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p.73.

<sup>77</sup> Ferejohn, John, “Judicialización de la política, politización de la ley”, en Ferejohn, John, et. al., *Los jueces: entre el derecho y la política*, Serie democracia y judicatura, Colombia, ed. ILSA, 2008, p. 25.

<sup>78</sup> Cfr. Couso, Javier, “Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política”, en *Revista de Ciencia Política*, Volúmen XXIV, No. 2, 2004, p. 29, <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/324/32424202.pdf>

política<sup>79</sup> o en su limitación o condicionamiento a través de las decisiones judiciales,<sup>80</sup> lo cual implica que los actores políticos que antes resolvían los conflictos en las arenas políticas, ahora comiencen a formular demandas en términos jurídicos y judiciales.

¿Cuál es la desventaja para un sistema político de estar frente a una judicialización de la política? Sobre todo, considerando que a través de ella, el poder judicial se convierte en verdadero contrapeso del poder ejecutivo y legislativo y genera no sólo un equilibrio sino un control sobre ellos.

Javier Couso refiere que la judicialización de la política resulta extremadamente peligrosa, particularmente en países con democracias no consolidadas debido a que no cuentan con los elementos estructurales y de cultura legal necesarios para el activismo judicial y sobre todo, porque suelen poner en riesgo la independencia de la judicatura, ya que los gobernantes conscientes del poder político de los jueces, sucumben a la tentación de intervenir en el poder judicial con personas que les parezcan confiables.<sup>81</sup>

Lo antes referido evidencia el riesgo de permitir que los jueces se conviertan en actores políticos, al ser ellos quienes deciden, en definitiva, los conflictos que les plantean otros actores políticos, pues a través de decisiones judiciales pueden expresar preferencias e incluso compromisos políticos; sin embargo, como el propio Couso lo refiere, este riesgo es evitable y, en cierta forma, disminuible, siempre que se cuente con un sistema estructural adecuado que, agregaríamos nosotros, permita no sólo una división de poderes, sino el establecimiento de controles entre ellos.

d) Politización de la justicia. La idea de “politización” de la justicia fue planteada originalmente por Karl Schmitt, en su obra publicada en 1931, *En defensa de la Constitución*, en la que al preguntarse sobre ¿quién debía ser el guardián de la Constitución? realiza una severa crítica al Tribunal Constitucional al afirmar que los jueces no debían tratar temas políticos, por ello, efectúa una defensa en relación a que debía ser un órgano político “neutro”, es decir, el Jefe de Estado, el que tuviera a su cargo la protección de las normas constitucionales,<sup>82</sup> en virtud de que éstas tenían un

---

<sup>79</sup> Ferejohn, John, op. cit., nota 77, p. 25.

<sup>80</sup> Uprimny Yepes, Rodrigo, “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, en Ferejohn, John, et. al., op. cit., nota 77, p. 81.

<sup>81</sup> Couso, Javier, op. cit., nota 78, p. 45.

<sup>82</sup> Schmitt, Carl, *La defensa de la constitución*, España, ed. Tecnos, 1998, p. 215 y ss.

contenido altamente político, “someter dichos preceptos fundamentales al conocimiento de los tribunales ordinarios o especializados significaba politizar la justicia, lo que desvirtuaba la función jurisdiccional”.<sup>83</sup>

Como respuesta a esta propuesta, el jurista vienés Hans Kelsen polemiza y no sólo critica la idea de la jurisdicción como actividad de mera subsunción del hecho en el derecho, sino que en su obra *¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?* propone que las normas constitucionales debían ser protegidas a través de un órgano especializado y autónomo: el Tribunal Constitucional. La crítica de Karl Schmitt sobre la posible “politización” la justicia es un tema actual porque la labor de los jueces ha implicado no sólo decidir sobre aspectos políticos sino también, de manera indirecta, ha provocado su incursión en el campo de la política.

En esto contexto, podemos entender que la politización de la justicia hace referencia al proceso de avance del poder judicial sobre el espacio de la política, en donde lejos de ser la “boca de la ley”, el poder judicial se convierte en el encargado de controlar y revisar las acciones del poder político.

A decir de Karina Ansolabehere, la politización de la justicia se manifiesta en lo siguiente:<sup>84</sup>

1. Aumentan los temas sobre los que la política no puede decidir, y de manera correlativa, se traslada al ámbito del derecho la posibilidad de decisión o de exigencia hacia los órganos políticos que pueden intervenir en un problema.

2. Se legitima el aumento de la capacidad de fiscalización del poder judicial sobre los funcionarios públicos, particularmente a través de la facultad de control de la constitucionalidad.

3. Aumenta su legitimidad como para la resolución de conflictos políticos ya que se convierte en una instancia en la cual se acude para la resolución de conflictos entre los poderes del Estado.

Es innegable la creciente politización de la justicia a la cual se enfrentan la mayoría de los sistemas políticos en la actualidad, los jueces deciden sobre la

---

<sup>83</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “La legitimación democrática del juez constitucional, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús, op. cit., nota 73, p. 149.

<sup>84</sup> Ansolabehere, Karina, “Jueces, política y derecho. Alcances de la politización de la justicia en Argentina y México”, en Ojesto, Fernando, et. al., (coord.) *Jueces y Política*, México, ed. Porrúa, 2005, pp. 123-124.

legalidad de las elecciones, sobre las prácticas políticas que restringen la libertad de los ciudadanos, sobre derechos políticos, etc., porque al fin y al cabo, los jueces constitucionales constituyen un poder dentro del Estado. Ahora bien, hay quienes hacen referencia a una politización como aquella “que ha llevado a jueces y tribunales a ‘optar’ por las mejores soluciones que ofrece el ordenamiento, haciendo en no pocas ocasiones las veces de gestores y administradores públicos”,<sup>85</sup> esto confirma la actividad política encubierta bajo el manto de una decisión judicial.

¿Pero qué tipo de política realizan los jueces? Porque no cabe duda que las afinidades políticas, las convicciones y hasta los compromisos políticos han estado presentes en toda época y lugar, no es exclusiva de hoy, sólo que actualmente se hace evidente con mayor fuerza por los mecanismos institucionales que justifican sus decisiones. Sin duda esta es la gran interrogante que queda y que trataremos de desmenuzar cuando analicemos los casos en los que ha intervenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por el momento, para concluir este apartado, es importante considerar el señalamiento que realiza Wolfgang Hoffmann-Riem, en relación a que la politización no pertinente se puede evitar “solamente si los tribunales constitucionales ejercen su poder de manera cautelosa (...) y si toman sus decisiones basados en una metodología del derecho constitucional que corresponde con el nivel de desarrollo de la justicia y del Estado.”<sup>86</sup>

## 1.6 Conclusiones

El estudio que precede evidencia que el liberalismo como ideología justificó racionalmente la existencia del Estado como un “mal necesario” que monopolizaba el poder para la protección de los individuos y que funcionaba a partir del principio de división de poderes, según el cual, las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales debían ser ejercidas por distintos órganos del Estado, sin intromisión entre ellas.

---

<sup>85</sup> Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, nota 76, p. 73.

<sup>86</sup> Cfr. Hoffmann-Riem, Wolfgang, “La división de poderes como principio de ordenamiento” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, p. 222, México, 2007, consultado el 5 de agosto de 2010, en [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/.../pr10.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/.../pr10.pdf)

La trascendencia de esta construcción teórica radica en que autores como John Locke y Montesquieu constituyeron el referente teórico obligado para justificar otorgaron la supremacía del poder legislativo sobre los otros dos poderes, al tiempo que limitaron la labor del poder judicial a una función mecánica de aplicación de la ley a través del silogismo jurídico.

En este capítulo se evidenciaron las particularidades del principio de división de poderes en la tradición jurídica del *common civile* y del *common law*, pues mientras en la primera funcionó de manera rígida, ya que no debía existir interferencia entre las funciones legislativa, ejecutiva y judicial y, en todo caso, solo el legislativo podía intervenir sobre los otros poderes porque representaba la “voluntad del pueblo”; en cambio, en la tradición jurídica del *common law*, se asignó al principio de división de poderes la función de pesos y contrapesos, es decir, se establecieron mecanismos de control constitucional ejercidos por el poder judicial, lo que implicaba reconocerle un poder sobre el legislativo.

En ese contexto, bajo la tradición jurídica del *common civile* se analizaron las características del estado legislativo de derecho, dentro de las que destacan el principio de legalidad como reafirmación del poder del legislador frente a cualquier acto de gobierno, la sujeción de los jueces a la ley, así como una interpretación limitada del principio de división de poderes que llevó a sostener que la función jurisdiccional corresponde al Poder Judicial y en ella no deben ponderarse elementos políticos, de lo contrario, se estarán realizando actividades que corresponden a los otros poderes del Estado.

Las primeras décadas del siglo XX estuvieron acompañadas de crisis políticas derivadas, en gran parte, de la ineficacia del derecho para responder a las necesidades de esa época, lo que dio paso a la propuesta teórica del Estado Constitucional de Derecho, que planteó la necesidad de someter las leyes y actos de gobierno no sólo a criterios formales de validez, sino también a criterios sustanciales contenidos en las norma constitucional.

Una de las contribuciones del neoconstitucionalismo radica en reasignar un papel fundamental a la persona que funge como operador constitucional para consolidar un Estado Constitucional de Derecho; sin embargo, la naturaleza de la

función que desempeña vuelve inevitable que las decisiones judiciales incidan en el ámbito de la política, es por eso que en este trabajo se sostiene que el juez y la jueza constitucionales deben asumir un papel activo a través de las decisiones que emite para hacer realidad el principio de supremacía constitucional y que si bien su legitimidad no deriva de un proceso democrático, es posible que la actividad judicial adquiriera legitimidad sólo en la medida en que sus resoluciones se encuentran debidamente argumentadas, respetando los principios y valores contenidos en los instrumentos normativos.



## CAPÍTULO 2. REFLEXIONES TEÓRICAS SOBRE LA DECISIÓN JUDICIAL

*“(...) el momento de la decisión, en cuanto tal, es siempre un momento finito, de urgencia y precipitación, desde el momento que no es la consecuencia o el efecto de aquel saber teórico o histórico, de aquella reflexión o deliberación, desde el momento en que marca siempre la interrupción de la deliberación jurídico-ético o político-cognitiva que la precede, que debe precederla. El instante de la decisión es una locura (...).”<sup>87</sup>*

Friedrich Hördelin, en su elegía “Pan y Vino”, trató de rescatar la función de los poetas en la sociedad de su época, una sociedad que, desde su punto de vista, carecía de espíritu porque ya no daba cabida al mundo de los dioses ni a lo sagrado, por ello cuestionó severamente “¿y para qué poetas en tiempos de penuria?”<sup>88</sup> Y es que, para Hördelin, los poetas realizaban una tarea sobrehumana debido a que hacían de su propia persona la mediación entre el ser y la conciencia del ser, su función era recuperar lo divino a través de la palabra y convertirla en poesía, como un medio de entendimiento de la realidad; sin embargo, en una sociedad caracterizada por la falta de dioses ¿qué papel podían realizar los poetas?

En este aspecto, es importante destacar que Hördelin consideraba que la poesía podía establecer un puente entre la razón y la intuición, por eso, el poeta se convertía en una especie de sacerdote, es decir, en un guardián de lo sagrado cuya misión consistía en rescatar la experiencia de lo divino, en rescatar la consciencia, ser poeta implicaba ver el pasado y pre-ver el futuro, en otras palabras, “el futuro solo podía ser designado en el presente desde la rememoración del pasado. En este sentido, el poeta prevé el futuro, es decir, lo abre en sus posibilidades”,<sup>89</sup> por ello, no

---

<sup>87</sup> Derrida, Jacques, *Fuerza de ley: el “Fundamento místico de la autoridad”*, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, número 11, España, 1992, p. 152.

<sup>88</sup> “(...) Mientras a menudo me parece mejor dormir que estar así, sin compañeros, esperar así: y qué hacer, mientras, y qué decir no sé; y ¿para qué poetas en tiempo menesteroso? Pero ellos son, dices tú, como los sacerdotes del dios del vino que pasaban de tierra en tierra en la noche sagrada (...)”, Elegía “Pan y Vino”, en Hördelin, Friedrich, *Poemas*, 2ª e., Barcelona, ed. Icaria, 1991, p. 125.

<sup>89</sup> Landeira, Ricardo, “Notas pre-analíticas sobre una elegía de Friedrich Hördelin”, publicado en Capurro, Rafael (Trad.), *Cuaderno de psicoanálisis freudiano*, Montevideo, Primavera de 1983, p. 17, [www.capurro.de/pan.htm](http://www.capurro.de/pan.htm)

cualquiera puede realizar esa función pues no está legitimado para ocupar el lugar de los dioses, no puede él mismo convertirse en hombre-dios.<sup>90</sup>

La elegía muestra las tensiones y contradicciones de la condición humana, de su esencia y de su ser como una condición fronteriza<sup>91</sup> que busca establecer una conciliación entre lo terrenal que es finito, y lo sagrado que es infinito, en donde el poeta realiza un acto en el que para “devolver al Ser a la conciencia, es necesario que sea negada su inefable toda-presencia y que adquiera el carácter limitado y alineado de la Existencia”.<sup>92</sup> De esta manera, el poeta muestra su capacidad para percibir esa huella de los dioses huidos a través de la tensión entre lo finito y lo infinito, como lo explica Heidegger, esa huella que los demás mortales no pueden ver porque la Modernidad la ocultó bajo el manto de la razón.<sup>93</sup>

Con esta breve reflexión podemos mirar a una sociedad como la nuestra en la que la condición humana se disuelve, se vuelve líquida ante las constantes condiciones de incertidumbre del hombre moderno,<sup>94</sup> ante el indiscriminado avance de la tecnología, la fe ciega en el progreso y las exigencias de la economía globalizada, por lo que haciendo un símil con la pregunta que realizó Hördelin en su elegía, nos preguntamos ¿Y para qué los jueces en tiempos de penuria? ¿Qué importancia tiene reflexionar sobre la actividad judicial cuando, según el formalismo jurídico, las decisiones de los jueces son productos controlados racionalmente? ¿Por qué hay una falta de credibilidad de la ciudadanía en el sistema de impartición de justicia<sup>95</sup> cuando,

---

<sup>90</sup> Gómez Toré, José Luis, “Filosofía y poesía en Hördelin”, en *Endoxa*, Series filosóficas, número 23, UNED, Madrid, 2009, p. 242, <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Endoxa-2009-23-5071/PDF>

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 244.

<sup>92</sup> Man, Paul de, *Visión y Ceguera. Ensayos sobre la retórica de la Crítica Contemporánea*, Puerto Rico, ed. Universidad de Puerto Rico, 1991, p. 297.

<sup>93</sup> Heidegger explica que la época moderna se caracteriza porque los dioses permanecen alejados, ausentes, el tiempo ha llegado a ser tan escaso que el hombre no es capaz siquiera de advertir la falta de dios. Para una reflexión más profunda sobre la Elegía “Pan y Vino”, Cfr. Heidegger, Martín, *¿Para qué poetas?*, Colección Pequeños Grandes Ensayos, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pp. 18 y 19.

<sup>94</sup> Bauman sostiene que actualmente vivimos una “modernidad líquida” que se caracteriza por la incertidumbre, donde aquellas estructuras que delimitaban las elecciones individuales, las instituciones y los modelos de comportamiento, se diluyen, se “derriten” antes de que contar con el tiempo necesario para asumirlas, por tanto, no sirven como marcos referenciales para las acciones humanas. Además, en la “modernidad líquida” las relaciones sociales se derrumban, se vuelven frágiles, vulnerables, transitorias y precarias, están sujetas a cambios constantes que generan desintegración de la trama social y angustia. Cfr. Bauman, Zygmunt, *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, México, ed. Tusquets, 2007, p. 7 y ss.

<sup>95</sup> De acuerdo con el *Índice de Percepción de la Corrupción 2017*, elaborado por Transparencia Internacional, México ocupa el lugar 135 de 180 naciones evaluadas con mayores niveles de corrupción, consultado en <https://imco.org.mx/temas/indice-percepcion-la-corrupcion-2017-via-transparencia-internacional/>. En el Índice de Estado de Derecho 2017-2018 elaborado por World Justice Project, el factor con el peor desempeño en México es

teóricamente, existe un control racional de sus decisiones y el proceso de decisión judicial no responde a subjetividades ni a intereses políticos, económicos o sociales? ¿Por qué en decisiones colegiadas, tratándose de los mismos hechos y bajo un mismo sistema normativo, los jueces llegan a decisiones diferentes que se reflejan en los votos particulares que emiten?

Para explorar la respuesta a esas interrogantes, esta investigación pretende rescatar la función de los jueces, específicamente de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, tratando de superar el modelo de racionalidad en que tradicionalmente fundamentan su actividad, para recuperar esa “huella de los dioses huidos”, como lo diría Hördelin, develando que la decisión judicial es un fenómeno complejo que no puede reducirse a un proceso racional deductivo, sino que requiere de un enfoque que reconozca que quienes deciden son personas y que dichas personas con una formación jurídica específica, que poseen una ideología e intereses que pueden llegar a tensionarse conforme al contexto en que se presentan, de manera que un análisis minucioso de la interpretación que los jueces realizan de los hechos y de las normas, así como de los argumentos que utilizan o dejan de utilizar permitiría identificar ese posicionamiento ideológico.

En ese contexto, previo a abordar el tema de la decisión judicial, consideramos pertinente rescatar la discusión surgida a partir de la Modernidad en torno al concepto de razón, conscientes que dicho término tiene un alcance filosófico cuyo estudio a profundidad escapa de la finalidad de este trabajo, pero que no podría pasarse por alto ya que su discusión, aunque sea en forma general, nos permite ubicar la posición epistemológica desde la cual el juez se ubica para tomar una decisión, circunstancia que no puede soslayarse si lo que se pretende es comprender cómo deciden los jueces.

Luego, precisaremos la diferencia entre decisión judicial, interpretación y argumentación jurídica, pues comúnmente se llegan a confundir dichos términos y distinguirlos resulta fundamental, pues de esa forma se podrá comprender que en la interpretación de los hechos y del derecho subyace una ideología y que a partir de

---

la Justicia Penal, con la posición 105 de 113, <https://imco.org.mx/temas/indice-estado-derecho-2017-2018-via-world-justice-project/>.

dicha interpretación el juez construye un esquema argumentativo para justificar sus decisiones.

Las cuestiones teóricas sobre la decisión judicial se abordarán a partir de la propuesta analítica de Duncan Kennedy, uno de los principales representantes del movimiento conocido como *Critical Legal Studies* (CLS), debido a que las herramientas conceptuales que utiliza ponen en el centro de la discusión aspectos comúnmente relegados por el pensamiento jurídico tradicional al abordar la decisión judicial, tales como la ideología, la posición estratégica que desempeña el juez, la libertad y restricción en la que puede transitar al decidir y la posibilidad de convertirse en un instrumento de cambio social.

## **2.1 El proyecto de la Modernidad y la razón austera**

La Modernidad sentó las bases del pensamiento jurídico que, a la postre, se convertiría en el paradigma dominante<sup>96</sup> del derecho, según el cual, la discusión de las cuestiones políticas estaba reservada al ámbito político, en tanto que el ámbito jurídico debía caracterizarse por su separación de las cuestiones políticas.

La Modernidad es concebida como una época o momento histórico<sup>97</sup> que, en el plano de las ideas, se construye a través de dos grandes movimientos, el Renacimiento que en el aspecto político se corresponde con el surgimiento de los estados absolutistas, y la Ilustración, surgida en el siglo XVIII, que abarcó tres esferas distintas: la ciencia, la moralidad y el arte, en cada una de estas esferas se hicieron a un lado las creencias religiosas para dar paso al concepto básico de la Modernidad, la razón, con la finalidad de desarrollar una ciencia objetiva, una moralidad y leyes

---

<sup>96</sup> El término "paradigma" fue utilizado por Thomas Kuhn para referirse a la ciencia normal, es decir, al conjunto de conocimientos que comparte una comunidad científica, que se acepta como válido y, por tanto, se convierte en dominante. Explica Tomas Kuhn que el conocimiento evoluciona constantemente y tiende a expandirse, por ello, en algún momento el paradigma dominante entra en crisis debido a que sus explicaciones se vuelven insuficientes, de ahí que resulte inevitable el surgimiento de nuevas teorías que se enfrentan con el paradigma dominante y que buscan su consolidación y, de lograrla, se generaría una revolución científica. Cfr. Kuhn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, 3a e., México, ed. Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 149 y ss.

<sup>97</sup> Michel Foucault refiere que la Modernidad no sólo como una época histórica, sino también como una actitud, es decir, como un rompimiento con la tradición que implicó una forma diferente de relacionarse con la realidad, de pensar y de sentir, de actuar y de conducirse. Cfr. Foucault, Michel, "¿Qué es la ilustración?", en *Revista del Departamento de Sociología*, Año 3, Número 8-7, mayo-diciembre 1988, UAM-Azcapotzalco, p. 5.

universales y un arte autónomo acorde con su lógica interna,<sup>98</sup> de esta manera, la fe fue sustituida por la razón.

El advenimiento de la Ilustración, en palabras de Kant, significó la salida del hombre de su culpable incapacidad,<sup>99</sup> es decir, de esa imposibilidad de servirse de su propia inteligencia, ya que generó una revisión de la concepción del mundo “a la luz” de la razón y de la experiencia; le permitió asumir como cognoscibles y controlables aquellas fuerzas que antes consideraba inexplicables y que atribuía a una voluntad divina, de esta manera, destruyó las figuras míticas de la época medieval y dio paso a la “huida de los dioses”, consolidando una fe absoluta en el progreso bajo el dominio de la razón humana, por ello, la razón se convirtió en el principal referente de la Modernidad; ha sido la razón, que buscó “ser absoluta posesión de sí misma, no aceptar ningún límite impuesto por lo extraño o lo accidental de los meros hechos”.<sup>100</sup>

Concebir al mundo a través de la razón exigió un desencantamiento de la realidad, es decir, una ruptura con lo religioso,<sup>101</sup> fantástico y mítico; exigió considerar que la sociedad transitaba de un estado salvaje y estático hacia uno de progreso, en donde era necesario tomar distancia de aquello que se consideraba trascendente, en otras palabras, exigió que fuera el hombre, y no Dios, quien llevara las riendas de la historia.

La razón, bajo el proyecto de la Modernidad, constituyó una ruptura en el modo de pensar del hombre del pasado, surgió en un ambiente de cuestionamiento a la explicación del mundo a partir de Dios y se encargó de sustituir las explicaciones religiosas por explicaciones racionales, pensar en forma moderna significaba pensar en la posibilidad de que el hombre podía controlar y dominar su entorno, pensar que él era el centro del universo y que sólo necesitaba la razón como única guía de su existencia, de ahí que atribuyó a la razón la característica de “ser absoluta posesión

---

<sup>98</sup> Habermas, Jürgen, “La modernidad, un proyecto incompleto”, Foster, Hal (editor), *La posmodernidad*, 7ª e., Barcelona, ed. Kairós, 1985, p. 28.

<sup>99</sup> Kant, Immanuel. *Filosofía de la Historia*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 25.

<sup>100</sup> Gadamer, Hans-George. *Mito y razón*, México, ed. Paidós, 1997, p. 19.

<sup>101</sup> Esta ruptura ha sido motivo de reflexión desde el psicoanálisis, que explica que la Modernidad creó una estructura análoga a la de la religión a través de la razón y ejemplo de ello es el derecho, que se erige como un sistema de creencias y una experiencia particular de orden. Cfr. García Arboleda, Juan Felipe, “El reverso de la tiranía: psicoanálisis y derecho para los tiempos difíciles”, en Legendre, Pierre y Goodrich, Pierre, *Psicoanálisis y derecho*, Colombia, ed. Siglo del Hombre, 2017, p. 20.

de sí misma, no aceptar ningún límite impuesto por lo extraño o lo accidental de los meros hechos”.<sup>102</sup>

En la Modernidad, la razón se caracterizó por la adopción de “modelos certeros de construcción y reconstrucción de conceptos, criterios precisos, fijos y generales para argumentar y programas fundamentalistas de justificación (...) según las cuales toda creencia justificada se apoya en otras creencias también justificadas hasta llegar a creencias últimas que se autojustifican, que son evidentes en sí mismas o fundamentos”,<sup>103</sup> este tipo de razón, al apelar a los fundamentos sostiene la certeza que la sostiene.

El mecanismo de operación principal de la razón moderna fue el cientificismo, el cual funcionó bajo una fe absoluta en la ciencia y sostuvo que debe existir un esquema permanente y ahistórico que determina la naturaleza de la racionalidad humana, del conocimiento, de la corrección, de la verdad, incluso, de la realidad; el cientificismo sostiene que en una confrontación sólo hay una única descripción correcta del mundo y, por lo tanto, una mejor explicación de él;<sup>104</sup> la razón que la Modernidad enarboló fue solo una, la razón burguesa, abstracta, calculista, cuyo criterio de verdad de apoyo en el cientificismo que, a la postre, se convirtió en razón instrumental.<sup>105</sup>

En el ámbito jurídico, la Modernidad edificó un paradigma dominante, según el cual la discusión de las cuestiones políticas debía reservarse al ámbito político, en tanto que el ámbito jurídico se caracterizaba por su separación de las cuestiones políticas, aunque en realidad, como lo explica Paolo Grossi, la Modernidad tejió un vínculo fuerte entre el poder político y el derecho debido a que, por una parte, se buscaba que el derecho estuviera concentrado en textos sistemáticos, orgánicos y completos, de manera clara y accesible para todos a través de las codificaciones que se convirtieron en un símbolo cuya función era someter y sujetar una rama del ordenamiento jurídico para que las normas fueran obedecidas y, al mismo tiempo,

---

<sup>102</sup> Gadamer, Hans-George, op. cit., nota 100, p. 19.

<sup>103</sup> Pereda, Carlos, *Razón e incertidumbre*, México, ed. Siglo XXI, 1994, p. 9.

<sup>104</sup> Díaz Cruz, Rodrigo, *Los lugares de lo político, los desplazamientos del símbolo. Poder y simbolismo en la obra de Víctor W. Turner*, México, ed. Gedisa, 2014, p. 338.

<sup>105</sup> La ciencia positiva pasa a ser instrumento de la ideología propulsora de alienación que pregona el desarrollo de la ciencia y la técnica que ella misma ha impulsado para validar el orden social nacido de ese desarrollo técnico.

detrás de esa codificación, “manipulándola y controlándola”, se erigió el Estado, quien monopolizó para sí la producción del derecho.<sup>106</sup>

Ayala Blanco explica que la Modernidad no pudo evitar el uso de los símbolos, al contrario, los fomentó, por eso advierte que es necesario tener presente que un símbolo es un objeto que ha sido partido en dos mitades, las cuales deben juntarse nuevamente, porque “si los pedazos no logran reunirse el sentido se pierde, confundiéndose así la mitad con el todo”.<sup>107</sup>

En este contexto, el símbolo actual de la sociedad moderna es la razón, la cual, explica Boaventura de Souza, se asentó en dos pilares fundamentales que han estado en constante tensión: el de la regulación y el de la emancipación,<sup>108</sup> mismos que siguiendo la propuesta de Ayala Blanco, deben juntarse nuevamente para evitar que uno de ellos que ha sido el que ha predominado, es decir, el de regulación, se confunda con el todo y haga a un lado el pilar de la emancipación.

El derecho como producto de la razón moderna no es ajeno a este simbolismo, por ello es pertinente la advertencia de Boaventura de Souza en el sentido de tomar en cuenta el contexto en el que surge el derecho, como parte de un proceso liberador del régimen feudal que buscaba el establecimiento y garantía de los derechos, sobre todo del derecho de libertad, y que una vez obtenida esa libertad y paralelo al auge del capitalismo, el derecho se convirtió en un instrumento para establecer el orden, al tiempo que los ideales de liberación se hicieron a un lado, ello explica por qué en muchas constituciones políticas no se reconoció el derecho a la revolución, ya que cualquier cambio al orden establecido debía hacerse mediante las reglas que el mismo orden consagraba.<sup>109</sup>

Como emancipación, explica Flores Olea, la razón buscó liberar al hombre del pensamiento que lo ataba con la religión, racionalizó el mundo social y trató de encontrar aquellas formas de convivencia a través de las instituciones, cuando éstas

---

<sup>106</sup> Grossi, Paolo, op. cit., nota 4, p. 18.

<sup>107</sup> Ayala Blanco, Luis Alberto, *El silencio de los dioses*, Sexto piso, México, 2004, p. 30.

<sup>108</sup> El pilar de la regulación social está constituido por el principio del Estado, el principio del mercado y el principio de la comunicad, mientras que el pilar de la emancipación consiste en tres lógicas de la racionalidad: la racionalidad estética-expresiva de las artes y la literatura, la racionalidad cognitiva-instrumental de la ciencia y la tecnología y la racionalidad moral-práctica de la ética y la ley del derecho. Cfr. Boaventura de Souza, Santos, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Vol. I, España, ed. Desclée de Brouwer, 2000.

<sup>109</sup> *Ibidem*, 121.

se volvieron obsoletas, impulsó reformas sociales y políticas necesarias que hicieron posible la liberación del hombre.

De esta manera, la razón se convirtió en un instrumento de sujeción y control, la secularización del pensamiento sustituyó las cadenas del más allá por nuevas cadenas que se forjaron en nombre del progreso y la libertad y el tema de la emancipación poco a poco se hizo a un lado bajo el argumento de que cualquier revolución en contra del sistema lo inestabilizaba e impedía el progreso de la civilización.<sup>110</sup>

En ese contexto, la razón como control tuvo su principal manifestación en la concepción científicista que exigió construir al sujeto científico capaz de medir, cuantificar, elaborar teorías precisas y estructurar leyes que rigen la Naturaleza y la sociedad, exigió construir un sujeto “sin fisuras internas”; sin embargo, la complejidad de los hechos, en particular, de aquéllos propios de las ciencias sociales, ha obligado a buscar enfoques distintos de análisis, los cuales evidencian la existencia de un sujeto diverso “que es otro sujeto; que no es cabalmente el dueño de su razón ni de su palabra; este sujeto por cuya boca el lenguaje habla; el sujeto universal, todo sujeto racional posible, en tanto que se estructura como lenguaje, está sometido a todas las astucias de la razón”,<sup>111</sup> por tanto, resulta necesario recobrar la “mitad perdida” de la razón, aquélla que fue olvidada y silenciada y que en el ámbito de la decisión judicial puede representar una posibilidad de cambio social.

En este trabajo se sostiene que la razón austera propia de la Modernidad, según la cual el pensamiento es completo y coherente, resulta insuficiente como fundamento de la actividad que debe realizar el juez que integra un tribunal constitucional bajo un modelo de Estado Constitucional de Derecho, debido a que, los hechos con los que trabaja el intérprete dependen de la posibilidad de acceder a ellos, por tanto, no es posible excluir la incertidumbre en su análisis. Además, el material jurídico con que cuenta el intérprete, en ocasiones resulta insuficiente para resolver un caso, por lo que está obligado a construir razones que se alejan del mecanismo de razonamiento deductivo.

---

<sup>110</sup> Flores Olea Víctor, *Crítica a la globalidad*, México, ed. Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 45 y ss.

<sup>111</sup> Labastida, Jaime, *El edificio de la razón*, México, ed. Siglo XXI, 2007, p. 209.



## **2.2 La razón enfática como una forma de concebir al mundo**

Carlos Pereda denomina como “razón enfática” o “razón reflexiva” para la labor de quienes tienen a su cargo la tarea de asignar significados a las normas constitucionales, la cual:

(...) encuentra su mecanismo de operación en la posibilidad de argumentar, pero la argumentación se dice de muchas maneras: hay pluralidad de apoyos, pluralidad de lenguajes e intereses, pluralidad de virtudes epistémicas y formas de articularlas, múltiples maneras en que la razón se despliega (por ejemplo, resolver, disolver o iluminar perplejidades, conflictos, problemas”). Se trata de una razón que convive inevitable, permanentemente con la incertidumbre, la vaguedad, la indecisión, la pluralidad, las formas graduales; que se empeña en disolver las disyuntivas, los fundamentos, los algoritmos.<sup>112</sup>

De lo antes transcrito, se desprende que para la razón enfática es indispensable reconocer los límites a los que se enfrenta, por ello, admite su constante convivencia con la incertidumbre, la probabilidad, la vaguedad, la indecisión y la pluralidad. Además, toma en cuenta la historia de los conceptos y de las metáforas y sostiene necesario tener presente quién dice una cosa y a quién la dice.

## **2.3 La decisión judicial y sus diferencias con la interpretación y argumentación jurídicas**

La decisión, interpretación y argumentación jurídicas se han concebido como fenómenos ligados indisolublemente, por lo que valdría la pena preguntarse ¿es posible que un juez tome una decisión sin antes haber interpretado las normas jurídicas aplicables al caso concreto, inclusive, sin dar razones de por qué se decide en cierto sentido? En un Estado Constitucional de Derecho, la respuesta a dicha interrogante tendría que ser en sentido negativo, ya que la decisión judicial debe estar precedida o sostenida por un proceso de interpretación de los hechos (quaestio facti), así como de interpretación de las normas jurídicas aplicables al caso concreto (quaestio iuris) y, materializada en una sentencia que contenga las razones que la justifican.

---

<sup>112</sup> Díaz Cruz, Rodrigo, op. cit., nota 104, p. 341.

Para comprender lo anterior, debemos tener presente que, gramaticalmente, decidir significa “formar juicio resolutorio sobre algo dudoso o contestable”.<sup>113</sup> En el ámbito judicial, dicho término ha sido utilizado de manera ambigua, debido a que, según Caracciolo, por un lado, designa el acto de decidir o el proceso que se sigue para decidir, el cual resulta consustancial al razonamiento y, por el otro, denota también el resultado final de ese acto o actos,<sup>114</sup> es decir, es utilizado como sinónimo sentencia.

La decisión judicial puede motivarse o justificarse. En el primer caso, la motivación exige la descripción de las causas que la sostienen, pues resulta innegable que el proceso de decidir implica un fenómeno anímico, es decir, un proceso psicológico, “un iter mental y, en definitiva, responde a la pregunta del por qué se ha tomado la decisión”,<sup>115</sup> teóricamente corresponde al “contexto de descubrimiento”,<sup>116</sup> es decir, al conjunto de factores de tipo social, político, económicos, etc. que llevan a un juez a tomar una decisión y que generalmente se abordan en la teoría del comportamiento judicial.

Por su parte, la justificación exige establecer las bases jurídicas y argumentos en que se apoya una decisión judicial, su objetivo es poner de manifiesto por qué se ha debido tomar esa decisión, la cual es coherente con el ordenamiento jurídico y le brinda racionalidad, plausabilidad y verosimilitud; este aspecto corresponde a lo que conocemos como “contexto de justificación”.

Sobre este tema, Manuel Atienza señala que los jueces regularmente no pueden explicar los motivos psicológicos de sus decisiones y con frecuencia ni ellos mismos son conscientes de esos motivos, pero enfatiza que tener claro que tienen la

---

<sup>113</sup> Diccionario de la lengua española, consulta del término “decidir”, en <http://dle.rae.es/?w=decidir>

<sup>114</sup> Cfr. Caracciolo, Ricardo, “Derecho y decisiones colectivas”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Número 10, septiembre-diciembre, 1991, p. 28, file:///F:/Downloads/Dialnet-DerechosYDecisionesColectivas-1050916%20(1).pdf

<sup>115</sup> Nieto, Alejandro, *El arbitrio judicial*, España, ed. Ariel, 2004, p. 152.

<sup>116</sup> La distinción entre “contexto de descubrimiento” y “contexto de justificación” fue elaborada por Hans Reichenbach, quien refirió que el primer término se refiere a las cuestiones relacionadas con la forma en que se generan nuevas ideas o hipótesis, en tanto que el contexto de justificación tiene que ver con los criterios que esas ideas o hipótesis deben cumplir para ser aceptadas por la comunidad científica. Cfr. Bárcenas, Ramón, “Contexto de Descubrimiento y Contexto de justificación: un problema filosófico en la investigación científica”, en *Acta Universitaria*, vol. 12, núm. 2., mayo-agosto, México, Universidad de Guanajuato, 2002, pp. 48 y ss., <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=41600206>.

obligaciones de ofrecer las razones que permitan considerar sus decisiones como decisiones correctas o justificadas”.<sup>117</sup>

Otro de los aspectos que puede estar presente en el proceso de decisión judicial es la interpretación. Etimológicamente el vocablo proviene del latín *interpretatio* que significa interpretación, explicación o traducción, dicho término deriva del verbo *interpretor* que significa servir de intermediario, venir en ayuda de y explicar,<sup>118</sup> desde el punto de vista etimológico, la interpretación es definida como una actividad que consiste en desentrañar o traducir el significado de un objeto, en el que el intérprete se convierte en un intermediario cuya función es esclarecer el significado de algo cuya comprensión no es dable a cualquiera.

Para una mejor comprensión sobre el tema, resulta ilustrativa la alusión utilizada por Imer Flores respecto al juez “Herbert” de Hart, el juez “Hércules” de Dworkin y el juez “Heráclito” denominado así para referirse a la postura teórica de Duncan Kennedy,<sup>119</sup> pues ellos representan las tres concepciones teóricas que explican a la interpretación: las teorías cognoscitivistas, las teorías escépticas y las teorías intermedias.

Las teorías cognoscitivistas sostienen que interpretar significa conocer el significado objetivo y preexistente de una norma jurídica, de ahí que la labor del intérprete consiste en “descubrir” ese significado, por lo tanto, solo pueden existir interpretaciones “correctas” o “incorrectas”. En este sentido, el juez “Hércules” se erige como uno de sus principales exponente pues, bajo la concepción de Ronald Dworkin, dicho personaje tiene capacidades sobrehumanas que le permiten encontrar de manera no-arbitraria y objetiva, a partir de la correlación entre derecho y moral, una respuesta correcta en casos fáciles y difíciles.

Por su parte, las teorías escépticas afirman que la relación entre las palabras y sus significados no es natural, sino convencional, lo que implica que el significado que se dé a un término depende del uso que las personas hagan de él. En el ámbito jurídico, el intérprete asigna o atribuye un significado a la disposición jurídica motivo

---

<sup>117</sup> Aguiló Regla, Josep y Grández Castro, Pedro P. (editores), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, ed. Palestra, 2017, p. 16.

<sup>118</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, I-O, 2ª reimpr., Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 1793.

<sup>119</sup> Flores, Imer B. “¿Ensueño, pesadilla y/o realidad? Objetividad e (in)determinación en la interpretación del derecho”, en Cáceres, Enrique et. al. (coords.), op. cit., nota 69, p. 173 y ss.

de su estudio, bajo esta concepción, no hay interpretaciones correctas o incorrectas. Además, el operador jurídico tiene un margen de discrecionalidad que, en sus versiones más radicales, es absoluto, ejemplo de este tipo de teorías lo constituye la propuesta teórica sostenida por Duncan Kennedy que será analizada más adelante; sin embargo, hay quienes sostienen que pueden establecerse parámetros para determinar el grado o nivel de corrección en la interpretación.

Las teorías intermedias sostienen que en algunos casos, el significado de las disposiciones normativas es tan claro que permite identificar una interpretación correcta o incorrecta, pero en otros casos, ya sea por indeterminación del lenguaje, indeterminación de los hechos o incluso, por defectos del propio sistema, no es posible determinar claramente cuál es la interpretación correcta, por lo que el intérprete, haciendo uso de una discrecionalidad limitada, debe tomar una decisión para resolver el caso concreto.

Por otro lado, la argumentación jurídica supone un proceso, una actividad, así como el producto o resultado de esa actividad. Manuel Atienza explica que como actividad, la argumentación es todo lo que tiene lugar entre el planteamiento del problema y la solución del mismo; como resultado, en una argumentación cabe distinguir siempre tres elementos: premisas, conclusión e inferencia, “argumentar es una actividad racional, en el doble sentido de que es una actividad orientada a un fin y en el de que hay criterios para evaluar una argumentación”.<sup>120</sup> En ese contexto, la argumentación jurídica brinda los elementos para justificar la decisión que adopta un operador jurídico.

Es importante resaltar que una de las preocupaciones de la teoría moderna de la argumentación jurídica es reducir el margen de subjetividad del operador jurídico a través de herramientas que buscan ejercer un control racional para la justificación de las decisiones judiciales, tal es el caso de la teoría de la ponderación de Robert Alexy, así como de los trabajos de su discípulo Carlos Bernal Pulido, quien ha contribuido a asignar al método de ponderación no sólo la función de ser un proceso algorítmico que garantiza una respuesta correcta, sino destacándolo como un “procedimiento que establece en forma racional los límites de dicha ponderación, la graduación de la

---

<sup>120</sup> Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, 3ª reimpr., España, ed. Trotta, 2015, p. 110.

afectación de los principios, la determinación de su peso abstracto en la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de la argumentación”.<sup>121</sup>

## 2.4 Hacia una crítica radical del derecho: los Critical Legal Studies

El pensamiento de Duncan Kennedy se inserta dentro de un movimiento intelectual conocido como los *Critical Legal Studies* (CLS), por lo que antes de referir sus propuestas teóricas, resulta necesario señalar el contexto en el que éste surgió.

Durante la década de los sesenta, en Estados Unidos, destacó un grupo de estudiantes activistas y profesores universitarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, “convencidos de que utilizar el razonamiento jurídico para justificar las reglas de la sociedad actual crea la apariencia de que sus consecuencias opresivas son inevitables, lógicas o inherentemente justas”,<sup>122</sup> dicho grupo conformaría los *Critical Legal Studies*, que se caracterizaron por compartir una actitud crítica frente a las concepciones tradicionales del derecho, sus planteamientos esenciales están encaminados a atacar el *status quo* social y cultural y a resistirse a la desigualdad y a los patrones sociales existentes.

La característica esencial de este movimiento radica en que constituye una red de trabajos de diversos autores que hacen crítica de objetos específicos del campo jurídico, dentro de los que se encuentra el género, la raza, el multiculturalismo, la posmodernidad, la adjudicación judicial, los contratos, la educación jurídica, entre otros, por lo que no existe unidad epistemológica o metodológica en sus trabajos, pero sí una actitud compartida de que no es posible partir de un conocimiento ortodoxo para construir una “teoría general”, ya que la generalidad sobre la cual se construyó el derecho moderno no evitó las contradicciones y las exclusiones que tan fácilmente se advierten en la práctica jurídica.

Los *Critical Legal Studies* estudiaron al derecho bajo una mirada ecléctica e interdisciplinaria, porque aun cuando el material jurídico objeto de la crítica está

---

<sup>121</sup> Flores Saldaña, Antonio, *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional*, México, ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 207.

<sup>122</sup> Entrevista a Duncan Kennedy, “¿Son los abogados realmente necesarios?”, en Courtis, Christian (comp.), *Desde otra Mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, ed. Eudeba, 2001, p. 403.

conformado predominantemente por textos (normas, sentencias, libros, artículos, etc.), no se limitaron al aspecto normativo, sino que utilizaron herramientas filosóficas, sociológicas, jurídicas, psicológicas, etc. que les permitieron tener un panorama disciplinario amplio.

A este movimiento se le asignó el calificativo de “crítico” por la postura política que compartieron sus autores y por las herramientas metodológicas a las que recurrieron.

Desde el punto de vista político, los integrantes de los *Critical Legal Studies* visibilizaron las principales debilidades del status quo y la profunda desigualdad que éste generó, actitud que los ubicó en posiciones políticas de izquierda. Su aspiración fue “poder al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas, que construyen el Derecho mientras se ven a sí mismos como un instrumento del mismo”.<sup>123</sup>

Desde el aspecto metodológico, los *Critical Legal Studies* se caracterizaron por el uso de la deconstrucción o *trashing* que Mark Kelman describe de la siguiente manera: “Tomamos específicos argumentos muy seriamente en sus términos; descubrimos que son realmente estúpidos (tragicómicos); y buscamos después algún orden (del observador externo) (no el germen de la verdad) en el caos internamente contradictorio e incoherente que hemos expuesto”.<sup>124</sup>

Al respecto, Pérez Lledó señala que la deconstrucción a la que recurrieron los integrantes de los *Critical Legal Studies* consistió en utilizar una crítica demoledora, en términos de contradicciones internas, que buscaba no solo desvelar la ambigüedad o vaguedad de un concepto o de una regla, sino también denunciar prejuicios ideológicos ocultos de los objetos de estudio de la tradición jurídica, la cual operó como una especie de “demolición” de las estructuras sobre las cuales se construye una teoría, que buscaba “perforar el cuerpo de los objetos predilectos de la tradición jurídica, como la teoría de la neutralidad judicial, para llegar hasta su esqueleto, hasta

---

<sup>123</sup> Kennedy, Duncan, “Notas sobre la historia de CLS en los Estados Unidos”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 11, 1992, p. 284, <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Nota%20sobre%20la%20Historia%20de%20Cls%20en%20los%20Estados%20Unidos.pdf>

<sup>124</sup> Kelman, Mark, “Trashing”, 36 *Stanford Law Review* 293 (1984), citado en Pérez Lledó, Juan Antonio, *El Movimiento Critical Legal Studies*, tesis para obtener el grado de doctor, presentada en la Universidad de Alicante, p. 322, <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/3825>

su estructura” y de ahí volver a pensar al derecho, a construir nuevamente la estructura pero no con elementos tradicionales, sino invirtiendo esos elementos para demostrar la consistencia de la teoría.<sup>125</sup>

Para una comprensión general sobre los *Critical Legal Studies*, César Rodríguez identifica tres etapas por las que atravesó dicho movimiento:<sup>126</sup>

- a) Fase temprana. Señalan la indeterminación y las contradicciones internas del discurso jurídico, así como la función de éste en el mantenimiento del status quo. En este sentido, surgieron debates radicales en el interior de los estudios críticos entre quienes asumían una actitud crítica como un paso previo a la construcción de comprensiones alternativas del derecho (racionalistas) y quienes vieron a la crítica con un ánimo desestabilizador, que desconfiaron de cualquier intento constructivista y limitaron sus deseos de transformación al ámbito de las facultades de derecho (irracionalistas).
- b) Fase intermedia. Se consolidan las posturas irracionales que concibieron al derecho como uno de los instrumentos de la Modernidad para esconder bajo el manto de la racionalidad, intereses y opciones históricas contingentes, es decir, lo que en el fondo encierra el discurso jurídico son tensiones entre los intereses de distintos grupos sociales. Al mismo tiempo, los racionalistas plantean la necesidad de construir un proyecto progresista encaminado a defender los intereses de los grupos históricamente olvidados.
- c) Fase actual. Hay un rechazo al enfoque estructuralista y un claro reflejo de las ideas posmodernas; se criticó a las jerarquías conceptuales que privilegiaron la protección de determinada actitud bajo el manto de la racionalidad, adoptando como método de estudio a la deconstrucción, pues a través de ella se mostró lo endeble de las teorías del derecho y lo mítico del contenido de sus instituciones y principales postulados.

---

<sup>125</sup>Ibidem, pp. 322-323.

<sup>126</sup> Rodríguez, César, “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”, en Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1999, pp. 47-53.

## **2.5 El proceso de la decisión judicial bajo la óptica de Duncan Kennedy**

Duncan Kennedy cuestiona los cimientos en los que se construye la Modernidad, esto es, la racionalidad que en el ámbito jurídico se traduce en la pretensión de objetividad, neutralidad y universalidad. Además, pone un particular interés en el proceso jurídico de la adjudicación, es decir, en aquéllos factores que llevan a tomar las decisiones jurídicas, aspecto que considera fundamental pues resulta ilusorio sostener la existencia de una frontera entre el razonamiento jurídico y la política y, contrario a ello, afirma que “no hay una zona de cuarentena o libre de la política donde la adjudicación pueda proceder, y por lo tanto, no existe una frontera que cruzar hacia la política”.<sup>127</sup>

En ese sentido, afirma que a través del derecho se pueden emprender transformaciones sociales, de ahí que Karl Klare, quien fuera alumno de Duncan Kennedy, afirme que con su obra, su maestro “demuestra que los jueces y los defensores pueden respetar las normas de fidelidad a la ley y de la vocación profesional, mientras que, al mismo tiempo, persiguen de manera estratégica proyectos ideológicos que busquen promover el cambio social”.<sup>128</sup>

### **2.5.1 La presencia de la fenomenología en el pensamiento de Kennedy: intencionalidad y experiencia**

Duncan Kennedy recurre a propuesta epistemológica de tipo fenomenológico, para afirmar que el sujeto construye al objeto de conocimiento y que éste, a su vez, lo define y ambos, sujeto y objeto, mantienen una relación dialéctica que los retroalimenta, una relación que Kennedy identifica como “vivencias” que son las que definen el actuar de los jueces. Así, la riqueza del pensamiento de Kennedy radica en analizar la decisión judicial desde el proceso, desde los textos y desde los actores, por

---

<sup>127</sup> Kennedy, Duncan, *A critique of adjudication. Fin de siècle* (Traducción propia), United States of America, ed. Harvard University Press, 1997, p. 19.

<sup>128</sup> Klare Karl, “*La política en la Crítica de Duncan Kennedy*”, traducción propia, en *Cardozo Law Review*, Volumen 22, 2000-2001, pp. 1073-1074, consultado en <http://heinonline.org>.



eso, se preocupa por la vivencia de los actores situados respecto de los materiales jurídicos.

Edmund Husserl elaboró el método fenomenológico que consistió en “elaborar un análisis que revele cómo los conceptos últimos (...) se sustraen a cualquier definición lógico-formal y son investigados, por lo tanto, a partir de los fenómenos psíquicos de los cuales son obtenidos por abstracción”.<sup>129</sup> Husserl no parte de un sujeto abstracto para afirmar la posibilidad de conocimiento; él parte, por el contrario, de la “consciencia intencional”, es decir, afirma que la intencionalidad constituye el elemento primordial de conocimiento y en ella, la experiencia juega un papel fundamental, por ese motivo, explora el ámbito de la psicología. Así, en la elaboración teórica que realiza Duncan Kennedy se pueden ubicar diversos elementos del método fenomenológico de Edmund Husserl.

En primer término, Kennedy reconoce que la fenomenología constituye un elemento central en sus reflexiones teóricas, tanto el juez como el material jurídico que interpreta guardan una relación dialéctica que se retroalimenta mutuamente y en cuya relación subyace el elemento de intencionalidad que determina la forma en que ambos se configuran, situación que se puede ilustrar con la siguiente entrevista:

(...) la experiencia de una compulsión o libertad interpretativa es una función de una estrategia interpretativa así como del contexto jurídico (esto es, los materiales legales), en vez de una característica objetiva de la pregunta en cuestión. Intérpretes distintos experimentan libertad o restricción frente a las mismas preguntas dependiendo de qué tanto tiempo y habilidad le hayan dedicado a la pregunta, y también según sus propias predisposiciones. La experiencia de la restricción es tan real como la experiencia de libertad interpretativa, pero ninguna de ellas puede ser atribuida definitivamente a los materiales en sí ni por sí mismos.<sup>130</sup>

De la transcripción anterior se advierte que para el profesor norteamericano en estudio, el juez atraviesa por un proceso de redefinición constante en el que los hechos del caso, el material jurídico con el que cuenta y la intención de la sentencia a la que quiere llegar constituyen elementos que se encuentran en constante interrelación y que se configuran mutuamente.

---

<sup>129</sup> Ferraris, Mauricio, *Historia de la hermenéutica*, México, ed. Siglo veintiuno, 2002, p. 177.

<sup>130</sup> Entrevista a Duncan Kennedy realizada por Fernando de la Fíor Koechlin intitulada “La controversia política es parte del razonamiento jurídico”, en *Themis-Revista de Derecho*, número 50, 2004, p. 324, [http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Entrevista%20a%20Duncan%20Kennedy\\_Themis.pdf](http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Entrevista%20a%20Duncan%20Kennedy_Themis.pdf)

Así mismo, se advierte que este autor se preocupa por estudiar el “ser” de las cuestiones jurídicas, ya que considera que la decisión judicial opera a partir de las vivencias o experiencias de los actores que se encuentran situados en una relación de conocimiento recíproca con los materiales jurídicos.

Para Kennedy el derecho no es una “cosa”, sino que tiene un modo de existencia evanescente, inestable, en permanente fuga, el derecho es, por tanto, un acontecimiento, es decir, una vivencia resultado de la interacción entre el intérprete y los materiales jurídicos, lo que sin duda constituye una crítica demoledora a la idea de plenitud, objetividad, completitud y coherencia que la doctrina jurídica tradicional atribuye al derecho.

Lo que este autor norteamericano pretende evidenciar es que la actividad judicial no es una actividad mecánica que se limita a la aplicación del silogismo jurídico, por ello rompe el mito de la “única respuesta correcta en las decisiones judiciales” a la que aspira Ronald Dworkin, y va más allá al afirmar que el operador jurídico toma una decisión con base en las vivencias que ha tenido y en la ideología que consciente o semiinconscientemente defiende, ya que ellas determinan el modo de pensar e incluso de argumentar del operador jurídico, situación que se puede constatar en el desempeño diario, sobre todo en los órganos colegiados, donde los jueces adoptan decisiones diferentes ante los mismos casos o casos similares, particularmente cuando estamos ante la presencia de lagunas o antinomias en la ley.

### **2.5.2 La deconstrucción del derecho moderno**

Duncan Kennedy, congruente con la idea de evitar una “teoría general de la adjudicación judicial”, sostuvo que la crítica exitosa sobre este tema debía ser local,<sup>131</sup> es por eso que en su obra *Libertad y restricción en la decisión judicial*, lejos de limitarse a realizar una disertación teórico-conceptual, aborda un caso específico

---

<sup>131</sup> “Successful critique is local, even when the locality is a whole theory of judicial neutrality. Even locally, the endless recurrence of determinacy is a much part of our experience as its endless dissolution in critique”, Cfr. Kennedy, Duncan, *A critique of adjudication. Fin de siècle*, nota 127, p. 92.

figurado,<sup>132</sup> a partir de la cual, realiza una crítica severa a la concepción tradicional sobre la decisión judicial.

Para lograr su objetivo, recurre a la deconstrucción o “demolición” de los pilares principales sobre los que se erige la teoría tradicional del derecho, que constituye una lectura desde “el margen”, es decir, un análisis a partir de lo contrahegemónico, de lo no dominante, con el que ofrece un enfoque diferente sobre la actividad judicial.

### **a) Sobre la objetividad, coherencia y neutralidad del discurso jurídico. El papel de la política en la decisión judicial.**

Duncan Kennedy señala que la objetividad, la coherencia y la neutralidad del discurso jurídico constituyen una máscara legitimadora de un orden social, “las normas jurídicas y las sentencias judiciales –tanto como la supuesta ‘ciencia’ jurídica construida para explicarlas y sistematizarlas– se cuentan entre los dispositivos simbólicos más importantes de la sociedad capitalista para naturalizar como institucionalidad inevitable lo que no es sino relación de poder contingente”.<sup>133</sup>

Para este autor, el derecho tiene un carácter abierto e indeterminado en donde los jueces no aplican de manera neutra las reglas fijadas por el derecho, sino que en el fondo lo que hacen es resolver tensiones entre corrientes éticas, políticas y económicas opuestas que se reflejan en el individualismo y el altruismo y que están inmersas en diversas instituciones jurídicas, y en consecuencia, en los conflictos que se derivan de su aplicación.

En palabras de Karl Klare, “cada cultura jurídica tiene, en cualquier momento histórico dado, su propio repertorio de estrategias retóricas características, tipos de argumentos a los que se recurren, convenciones sobre lo que cuenta o no cuenta como argumento jurídico persuasivo, estándares de prueba, así como un rango de premisas

---

<sup>132</sup> Duncan Kennedy refiere que en Estados Unidos, en el distrito de Boston, un juez federal debe resolver si otorga una orden judicial restrictiva a favor de una empresa de buses en contra de las tácticas del sindicato de choferes, debido a que éste declaró huelga y la empresa contrató choferes sindicalizados para no suspender el servicio, pero durante dos días consecutivos, estos últimos se acostaron en la calle para impedir la salida de los buses y obstaculizar su circulación regular, motivo por el cual la policía los arrestó y los acusó de perturbar el orden y obstruir la vía pública. Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, nota 126, pp. 97-99.

<sup>133</sup> Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Argentina, ed. Siglo veintiuno, 2010, p. 13.

éticas y políticas peculiares y arraigadas culturalmente”,<sup>134</sup> comprender ese contexto resulta fundamental en la labor decisoria del juez, de ahí que el que la política y el derecho se encuentren estrechamente vinculados no significa que el derecho se convierta en política o se reduzca a ella, a Duncan Kennedy le interesa visibilizar la presencia del aspecto político en el derecho, pues en esa medida el juez podrá comprender de mejor forma los materiales jurídicos que tiene para resolver, la forma en cómo sus elecciones podrían impactar o impactan en los argumentos, razonamientos y en la toma de decisiones.

Para Duncan Kennedy la ideología es un “proyecto de universalización de una *intelligentsia* que considera que actúa “para” un grupo cuyos intereses están en conflicto con los de otros grupos”.<sup>135</sup> En ese tenor, no cabe duda que los proyectos ideológicos tienen una gran influencia en la creación judicial del derecho.

Afirmar que una decisión judicial está impregnada de ideología constituye una aseveración peligrosa en un mundo en el que se sostiene que sólo puede ser válida aquella determinación imparcial y objetiva; sin embargo, cuando el juez decide está atribuyendo un significado, es decir, elige aquélla interpretación acorde a un sistema de vivencias que determina su manera de pensar, por tanto, su decisión no es objetiva sino subjetiva, está delimitada por intereses, aspiraciones, experiencias, etc., es decir aquello que Kennedy denomina como “vivencias”.

El autor que analizamos intenta reconstruir la situación del juez desde adentro y se pregunta ¿es posible para un juez trabajar para la obtención de un resultado determinado? o más bien ¿debemos considerar que la actividad intelectual que desarrolla es fruto de la aplicación de técnicas que llevan a “descubrir” la verdad? La respuesta que brinda es determinante: el juez es un actor político, por tanto, trabaja para obtener un resultado determinado, ya que el razonamiento jurídico contiene argumentos de derecha y de izquierda, que son negados, ocultados o disfrazados.<sup>136</sup>

Es más, sostiene que el ocultamiento del uso de la ideología para resolver los asuntos no es más que una actitud consciente que de manera deliberada la ocultan bajo el argumento de la objetividad y la racionalidad en la elaboración del discurso

---

<sup>134</sup> Klare Karl, *op. cit.*, nota 128, p. 1085.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>136</sup> Entrevista a Duncan Kennedy realizada por Fernando de la Fíor Koechli, *op. cit.*, nota 130, p. 327.

jurídico que plasman en las resoluciones. Este “cinismo” con el que procede el juez puede explicarse por muchos factores, desde la búsqueda de legitimidad de sus superiores al continuar con el canon interpretativo que prevalece, la aceptación de la opinión pública hasta la misma alienación de la que forman parte los juzgadores como producto de la formación en un sistema jurídico que busca en todo momento la preservación del status quo.

Kennedy afirma que los jueces tienen la tendencia a “encubrir o negar el grado de elección que existe en su práctica interpretativa y, segundo, a ignorar o negar las consecuencias distributivas o políticas de la elección entre las posibles interpretaciones. La práctica de los juristas (...) produce un discurso de necesidad. Esto significa que el intérprete presenta su posición como necesaria dentro del contexto de las ciencias jurídicas, o quizás si fuera un modernista osado, dentro del contexto del policy analysis. Esto involucra una negación tanto del grado de elección como del significado político de la elección. Así, el discurso jurídico no es transparente, es en realidad un discurso de elección e intención política presentado como un discurso de necesidad interpretativa”.<sup>137</sup>

Para advertir la función de la ideología en la labor de adjudicación, Duncan Kennedy propone realizar una lectura crítica de las resoluciones que emite el juez y la identificación de los argumentos de conveniencia pública en el fallo final que llevan al uso no del silogismo, sino de la ponderación de razones frente a las cuales toma partido el juez.

En este punto se vuelve más evidente el uso de la deconstrucción, pues Kennedy no utiliza el modelo lógico que propone el silogismo jurídico, sino que lo invierte al afirmar que el juez, al resolver un asunto, primero avisora el resultado y posteriormente busca las normas jurídicas que le sirven para justificarlo, por tanto, la crítica de Kennedy destroza el mito del “juez” como símbolo de la racionalidad e imparcialidad y lo aterriza como un sujeto humano de carne y hueso, con convicciones políticas, preferencias, deformaciones, debilidades, etc.

---

<sup>137</sup>Ibidem, p. 325.

**b) El juez se limita a “decir el derecho”, por tanto, no lo crea.**

Kennedy evidencia que el intérprete determina el rumbo que toma el proceso de la decisión judicial, debido a que la aplicación de una norma jurídica no es una actividad mecánica, sino que señala que existe un momento previo en el que el juez se forma ideas sobre el caso, adquiere una primera impresión de él con base en los conocimientos previos que tenga de las normas jurídicas aplicables y considerando su propia vivencia personal y profesional, “resulta que a estas alturas de mi vida ya poseo un conjunto de intenciones, un proyecto vital como juez y estos factores se encargarán de orientarme entre las muchas posibles actitudes a seguir frente a este trabajo.”<sup>138</sup>

Es así que en el proceso de toma de decisiones existen dos elementos que se deben considerar:

- a) La “ley en sí” y;
- b) La sentencia a la que se quiere llegar.

La “ley en sí” comprende el material jurídico disponible para el caso concreto. En este aspecto, vale la pena resaltar la comparación que utiliza Duncan Kennedy para referirse a la ley como un medio, un instrumento, ya que refiere, es como la “arcilla húmeda”, debido a que constituye la materia prima con la cual trabaja el juez, pero además, se caracteriza por la moldeabilidad que representa, en un sentido figurado, la posibilidad de “darle forma” a gusto de quien la utiliza.

La ley puede un jugar un papel de oposición o resistencia al objetivo del intérprete “sería para mí una especie de barrera protectora que voy construyendo a mi alrededor o quizá una especie de armadura que debo ajustar a mi cuerpo de modo que el otro bando no sea capaz de despojarme de ella o de perforarla”.<sup>139</sup>

En este punto, es oportuno destacar el papel que juega el concepto de restricción jurídica en la teoría de Duncan Kennedy, pues más que considerarla una cualidad de los materiales jurídicos por sí mismos, la concibe como “un tipo de experiencia particular que un actor jurídico tiene (o puede tener) al realizar trabajo jurídico interpretativo en el medio jurídico”,<sup>140</sup> es decir, la restricción jurídica es una

---

<sup>138</sup> Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, nota 126, p. 104.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>140</sup> Klare Karl, *op. cit.*, nota 128, p. 1085.

vivencia experimentada por el juez, de manera que el juez se mueve dentro de una libertad y una restricción:

Hay libertad en la medida en que tiene en sus manos la posibilidad de crear derecho, de seleccionar los instrumentos jurídicos que utilizará para fundamentar su decisión; pero al mismo tiempo estos instrumentos jurídicos se convierten en una restricción cuando el resultado al que quiere llegar el juez es distinto a lo que parece indicar ese material jurídico (...) trabajar en procura de un resultado, a mi parecer, hace parte esencial de la situación de un juez. No se trata de ser libre ni de estar maniatado. O quizá mejor, se puede decir que el juez está a la vez en libertad y maniatado: libre, en tanto que puede orientar su trabajo en la dirección que así lo desee pero restringido por la pseudo-objetividad de la ley tal y como suele aplicarse, la cual el juez podrá (o no) superar.<sup>141</sup>

Sobre el particular, Duncan Kennedy no afirma que el juez esté en condiciones que tomar la decisión que “mejor le plazca”, es decir, que sus determinaciones pueden ser totalmente arbitrarias y subjetivas,<sup>142</sup> ello lo aleja de las posturas escépticas sobre interpretación del derecho, pues si bien reconoce que existe un elemento de intencionalidad en el juez respecto a la sentencia a la que quiere llegar, lo cierto es que el ámbito de elección del juzgador no es absoluto, sino que se encuentra restringido por los hechos que determinan el campo jurídico en el que se podrían ubicar, así como por el propio material jurídico existente, de ahí su afirmación de la libertad y restricción en la labor judicial.

Kennedy también refiere que el juez no sólo aplica la ley sino también la crea, desde esta perspectiva el juez incursiona en funciones que no le corresponden y con ello, desempeña un función política, en palabras de este autor: “el discurso jurídico era una mistificación deliberada, que enmascaraba una agenda ideológica capitalista con una terminología neutral para engañar a las masas sobre lo que realmente estaba sucediendo, quien decide tiene una preferencia o motivación o influencia, suscribe la ideología como proyecto, con un compromiso interno hacia ella en tanto algo que impulsa o defiende frente a sus oponentes”.<sup>143</sup>

---

<sup>141</sup> Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, nota 133, p.107.

<sup>142</sup> Imer B. Flores sostiene que la propuesta de Duncan Kennedy “involucra la noción de un juez que de modo arbitrario o subjetivo puede escoger entre una infinidad de posibles respuestas la que a él más le gusta, incluso en los casos más fáciles”, Cfr. Flores, Imer B., “Ensueño, pesadilla y/o realidad? Objetividad e (in) determinación en la interpretación del derecho”, en Cáceres Nieto, Enrique, et. al., (coords.), op. cit., nota 69, p. 184.

<sup>143</sup> Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, op. cit., nota 133, p. 37.

### 2.5.3 Actitud de los jueces frente a la restricción o libertad: un comportamiento estratégico

En atención a la experiencia que los jueces viven al momento de tomar una decisión judicial, Duncan Kennedy los clasifica de la siguiente manera:

A) Juez activista. El operador jurídico que realiza una interpretación jurídica diferente a la que, en principio, parecía la mejor, para lo cual construye un esquema argumentativo que le permita defender esa interpretación. Le asigna el calificativo de “activista” porque la motivación para resolver en el sentido en que lo hizo tiene un origen extrajurídico, que en ocasiones se relaciona con obtener una sentencia justa; sin embargo, en el afán de lograr ese objetivo, se aleja del concepto de neutralidad, debido a que invirtió mucho tiempo ideando una estrategia para la construcción de su argumentación. “Pero de todos modos tiene un proyecto identificable, una dirección en la que se mueve (cambiar la norma injusta por una justa) (...) Trabaja para encontrar la estrategia interpretativa que pueda superar esta primera impresión.”<sup>144</sup>

B) Juez mediador. Identifica claramente los intereses que se encuentran en juego en un conflicto y utiliza ese entendimiento “para figurarse lo que los ideólogos”, sus colegas activistas restringidos, considerarían interpretaciones liberales y conservadora óptimas de las normas, y luego elige una interpretación que se ubica en el medio”.<sup>145</sup> En este caso, el juez mediador se encuentra controlado por la ideología ya que para actuar debe identificar, en principio, los intereses en juego y, en función de ello, adoptar la posición que lo ubique en el centro.

C) Juez bipolar. Este operador jurídico, en ocasiones, asume actitudes de un juez restringido y, en otras, de uno mediador, lo que permite afirmar que lejos de adquirir un compromiso social con la labor que realiza, lo que busca es construir una carrera judicial mediadora<sup>146</sup> que le permita adquirir legitimidad y conservar su posición de poder.

---

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>145</sup> Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, nota 133, p. 42.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 43.



## 2.6 Conclusiones

Este capítulo nos permitió destacar las tensiones y contradicciones de la condiciones humana moderna, las cuales están presentes al momento de decidir, hecho que rompe con el esquema tradicional que explica el proceso de adjudicación judicial como un proceso racional controlable.

En ese sentido, se advirtió que existe un posicionamiento epistemológico del juzgador o juzgadora, es decir, de la forma en cómo se relaciona con su objeto de conocimiento a través de la interpretación de los hechos (*questio facti*) y del derecho (*questio iuris*), el cual regularmente se asume sin tener consciencia de ello, ya que forma parte de una tradición jurídica surgida en la Modernidad y reproducida en los mecanismos de enseñanza-aprendizaje del derecho.

Coincidimos con la crítica al concepto moderno de “razón” con el que se crea el derecho y que lo explica como un sistema coherente, neutro y completo y, en cambio se trató de evidenciar que ese derecho surgido en la Modernidad no es más que un sistema de creencias que deriva de una concepción específica para establecer un orden determinado.

En esas condiciones, se estima necesario retomar otros elementos que nos permitan comprender y explicar al derecho y, en particular, al proceso de decisión judicial, a través de herramientas que nos lleven a reconocer la incertidumbre, la probabilidad, la vaguedad, la pluralidad, la intencionalidad, la ideología y la política, para crear nuevas formas de argumentar las decisiones judiciales.

En ese sentido, la propuesta de Duncan Kennedy es pertinente para el análisis de las decisiones judiciales ya que trasciende al ámbito formal para explicar, en los hechos, cómo deciden los jueces y juezas constitucionales. Además, coincidimos con Kennedy en que en el proceso de decisión judicial la intencionalidad determina el actuar del juez hacia la sentencia a la que quiere llegar; en dicho proceso, la experiencia judicial juega un papel importante porque determina la forma en que el juez se acerca a los hechos y a las normas jurídicas con que resolverá el caso concreto. En todo ese proceso, el juez elige una alternativa y estrategia argumentativa en función de la sentencia a la que quiere llegar.

Por lo anterior, Kennedy afirma que “el razonamiento jurídico es un tipo de trabajo que tiene un propósito y aquí el propósito es hacer que el caso se resuelva tal y como mi sentido de la justicia me dice que debe resolverse a pesar de todo aquello que en primera instancia pueda parecerme como resistencia u oposición que “la ley” ejerce”.<sup>147</sup>

Un primer acercamiento con el pensamiento de Kennedy no puede evitar la angustia, porque cuestiona severamente los pilares sobre los que se construye el derecho moderno; sin embargo, realizando un análisis detallado de la labor que a diario se realiza en el ámbito del derecho, es innegable reconocer esa relación estrecha que guarda el derecho con la política y más aún, reconocer que toda la formación del juzgador es una influencia importante en el tipo de decisiones que adopta.

En la práctica, “los jueces tienen sus propias visiones del mundo, no hablan a través de la ley y la Constitución, deciden a partir de concepciones políticas que derivan en interpretaciones de las primeras, crean derecho no solo lo aplican, y por ello proponen controlar no sólo los procedimientos para la toma de decisiones imparciales, sino generar un sistema de incentivos para monitorear la vigencia de determinados contenidos en sus decisiones”.<sup>148</sup>

Apreciar la forma en que opera la ideología en el derecho no es una tarea sencilla, es por eso que para identificarla debe realizarse un análisis cuidadoso de la función que realiza quien opera con el derecho, con la finalidad de redefinir la importancia de su actividad y sentar precedente sobre su responsabilidad social, ya que quien toma decisiones debe asumir una especie de compromiso que le permita establecer las directrices para una sociedad más justa.

Finalmente, la teoría de Duncan Kennedy no se queda solo en el nivel de “demoler” los cimientos del derecho, sino que la crítica es, por sí misma, una propuesta para una relectura de la producción jurídica del juez, un análisis de sus actitudes y las consecuencias no sólo jurídicas, sino también políticas de sus decisiones, porque a través de esa actitud epistemológica será posible cuestionar aquéllos elementos que no resultan funcionales del status quo.

---

<sup>147</sup> Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, nota 133, p.120.

<sup>148</sup> Ansolabehere, Karina, *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, México, ed. Fontamara, 2007, p. 49.

### CAPÍTULO 3. EL CONTEXTO POLÍTICO Y LA CONFIGURACIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN MÉXICO

El primer capítulo de este trabajo tuvo como objetivo contextualizar históricamente la función judicial en el Estado liberal y sus características en un Estado Constitucional de derecho, dicho análisis nos permitió advertir que la concepción de la labor que realizan los jueces no se desliga del entramado institucional y político de una época determinada, es decir, mientras en el Estado liberal prevaleció la concepción del juez como “*boca de la ley*”, en el Estado Constitucional de Derecho se enfatiza un papel activo de los jueces, quienes operan con principios y valores contenidos en las normas constitucionales.

En el segundo capítulo se abordaron los elementos teóricos para evidenciar que la práctica cotidiana de los jueces tiene un sentido político y que existen factores que rompen con el modelo racional de la decisión judicial como producto de la neutralidad y objetividad de los aplicadores del derecho, como lo refiere Duncan Kennedy, “se buscan motivos ideológicos ocultos en decisiones judiciales que se presentan a sí mismas como técnicas deductivas, objetivas, impersonales o neutras”.<sup>149</sup>

En ese contexto, este capítulo analiza, desde un enfoque neoinstitucional,<sup>150</sup> la configuración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que forma parte del Poder Judicial Federal en México y se encarga, en última instancia y con carácter obligatorio, de interpretar de manera directa las normas constitucionales, lo anterior para advertir si las reglas y procedimientos que estructuran a dicho órgano responden a las necesidades de un Tribunal Constitucional, de qué manera ello repercute en la relación con los otros poderes del Estado y si con dicha estructura podría construir a consolidar un Estado Constitucional de Derecho.

---

<sup>149</sup> Kennedy, Duncan, *A critique of adjudicación judicial*, nota 127, p. 55.

<sup>150</sup> Desde un enfoque neoinstitucionalista, la acción individual “se encuentra enraizada dentro del contexto de las organizaciones e instituciones colectivas. Las acciones son moldeadas por los contextos institucionales dentro de los cuales se encuentra, que afectan y desvían sus efectos”, Goodin, Robert E. “Las instituciones y su diseño”, en Goodin Robert E. (Comp.), *Teoría del diseño institucional*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2003, p. 19. En este trabajo se reconoce la importancia del diseño institucional, pero el objetivo primordial es abordar el proceso de decisión judicial, es decir, la actuación de los jueces al tomar decisiones, en donde, desde la perspectiva de Duncan Kennedy, existen elementos más allá de los jurídicos que influyen en sus fallos.

No debemos perder de vista que la configuración de las instituciones repercute o condiciones el comportamiento judicial, por ello, este capítulo, aborda especialmente las reformas constitucionales de 1994 y 2011, que le otorgaron atribuciones propias de un tribunal constitucional, así como un enfoque de derechos humanos. Además, el enfoque neoinstitucional adquieren una mejor comprensión cuando se aborda el contexto político y social en el que surgen y se desenvuelven las instituciones, de ahí que estos elementos estarán presentes en el análisis de las citadas reformas constitucionales.

Es oportuno precisar que nuestro objetivo es realizar un estudio de corte institucional de nuestro máximo tribunal, únicamente para comprender el campo de acción de los jueces constitucionales, lo que, en términos de Duncan Kennedy, facilita la comprensión del ámbito en el que se desarrolla la libertad y la restricción de los jueces al tomar decisiones judiciales.

### **3.1 Breves consideraciones históricas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**

Antes de 1994 eran pocos los análisis y discusiones que se presentaban acerca de la labor del Poder Judicial en México, debido a su expreso alejamiento en la resolución de cuestiones políticas y ante el exacerbado presidencialismo que otorgaba poderes metaconstitucionales<sup>151</sup> al titular del Ejecutivo, lo que materialmente colocaba a este último por encima de los otros poderes del Estado, impidiendo una verdadera división de poderes, inclusive, podríamos afirmar que existía una dependencia política del Poder Judicial al titular del Ejecutivo en turno.

Históricamente, en la Constitución de 1824 se estableció que la Suprema Corte se integraría por once ministros distribuidos en tres Salas; cada legislatura estatal proponía doce candidatos de entre los cuales eran elegidos los once integrantes por los Diputados y Senadores y el cargo que desempeñaban era perpetuo, de este

---

<sup>151</sup> Este concepto hace referencia a las facultades del presidente que no se estipulaban de manera expresa en un texto normativo, sino que derivaban del monopolio en el ejercicio del poder político, tales como la designación de su sucesor, la designación y remoción de los gobernadores, el liderazgo como jefe “de facto” del Partido Revolucionario Institucional, entre otras. Cfr. Carpizo Mc Gregor, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, ed. Siglo XXI, 1978, pp.19-26.

ordenamiento vale la pena destacar la prohibición que se realizó tanto a la Corte como a los juzgadores de interpretar las normas jurídicas y, en caso de duda, en dicha constitución se establecía que debían acudir ante el poder legislativo para que fuera él quien interpretara la norma jurídica.<sup>152</sup>

Posteriormente, en el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, se instauró el juicio de amparo<sup>153</sup> otorgando a la Suprema Corte de Justicia y a los Tribunales Federales la facultad de interpretar y hacer vigentes las normas constitucionales.

En 1857, el Constituyente estableció que la Corte Suprema de Justicia se integraría por once ministros propietarios, cuatro supernumerarios, un fiscal y un procurador general;<sup>154</sup> los ministros duraban en su cargo seis años y su elección era indirecta, con excepción del procurador y del fiscal que eran nombrados por el titular del Ejecutivo; el modelo de Poder Judicial era similar al estadounidense,<sup>155</sup> pues buscaba ser un contrapeso del poder político con funciones de guardián de la constitución y la ley frente al gobierno, en el que la función de juzgar se asignaba a especialistas en derecho, aislados del poder político, para lo cual se estableció el principio de supremacía constitucional, que concebía a la Norma Fundamental en la cabeza del orden jurídico nacional, de esta manera, la Corte como guardián de la Constitución, adquirió un carácter preponderante y con un gran peso político que generó serios enfrentamientos entre el ejecutivo y legislativo, por lo que en 1878, Ignacio L. Vallarta, presidente de la Corte, estableció que no debía resolver asuntos de carácter político y a partir de ese momento, la Corte se abstuvo de conocer esos asuntos.

---

<sup>152</sup> *Constitución de 1824*. "Artículo 165. Solo el congreso general podrá resolver las dudas que ocurran sobre inteligencia de los artículos de esta constitución y de la acta constitutiva", [http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const\\_mex/const\\_1824.pdf](http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1824.pdf)

<sup>153</sup> *Acta Constitutiva y de Reformas 1847*, "Artículo 25. Los tribunales de la Federación ampararán a cualquiera habitante de la República, en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare." [http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const\\_mex/reformas-1847.pdf](http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/reformas-1847.pdf)

<sup>154</sup> *Constitución Política de 1857*. "Artículo 91. La Suprema Corte de Justicia se compondrá de once ministros propietarios, cuatro supernumerarios, un fiscal y un procurador general". [http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const\\_mex/const\\_1857.pdf](http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1857.pdf)

<sup>155</sup> Ansolabehere, Karina, *La política dese la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, nota 148, p. 97.

En la Constitución Política de 1917, tanto diputados como senadores, a partir de las propuestas de ciudadanos realizadas por las legislaturas locales, elegían a los once ministros que integraban a la Suprema Corte de Justicia de la Nación; el cargo de ministro duraba quince años, sin posibilidad de ser nombrados para un nuevo periodo; funcionaba en Pleno o en Salas. Una de las facultades de gran relevancia en el diseño de esta constitución, fue la investigación de violaciones graves a los derechos, contenida en el párrafo tercero del artículo 97<sup>156</sup> constitucional, respecto de la cual, es oportuno mencionar que no se hace alguna alusión sobre la naturaleza o los objetivos de dicha facultad en la exposición de motivos del proyecto de Constitución Federal presentado por el Presidente Venustiano Carranza y el Diario de Debates del Congreso Constituyente de 1917 tampoco se esclarece el contenido del párrafo tercero del artículo 97 referido, debido a que éste no fue controvertido y se aprobó sin discusiones.

Respecto a la función que desempeñó la Suprema Corte de Justicia de la Nación a partir de 1917, hay quienes afirman que ocupó un papel de marginalidad y de debilidad,<sup>157</sup> para otros, el Poder Judicial fue un factor de estabilidad para el sistema político, en ese sentido, Pablo González Casanova en su obra *La democracia en México*,<sup>158</sup> al analizar las ejecutorias de amparo dictadas desde 1917 a 1960 advirtió que de 3,713 resoluciones en las que se señaló al presidente como autoridad responsable, el 34% de dichas resoluciones otorgaron amparos o suspensiones a los quejosos, en tanto que el 66% correspondió a amparos y suspensiones negadas, de ahí que, afirma, la Suprema Corte tuvo como función dejar que, en lo particular, ciertos actos y medidas del Ejecutivo quedaran sujetos a juicio, su función política principal

---

<sup>156</sup> "Artículo 97 (...) Podrá también la Suprema Corte de Justicia de la Nación nombrar Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito supernumerarios que auxilien las labores de los tribunales o juzgados donde hubiere recargo de negocios, a fin de obtener que la administración de justicia sea pronta y expedita; y nombrará alguno o algunos de sus miembros, o algún Juez de Distrito o Magistrado de Circuito, o designará uno o varios comisionados especiales cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, o alguna de las Cámaras de la Unión, o el gobernador de algún Estado, únicamente para que averigüe la conducta de algún Juez o Magistrado Federal, o algún hecho o hechos que constituyan la violación de alguna garantía individual, o la violación del voto público, o algún otro delito castigado por la ley federal..."

<sup>157</sup> Cortez Salinas, Josafat, *La Suprema Corte de Justicia en México, ¿Cuándo vota contra el presidente?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 1.

<sup>158</sup> González Casanova, Pablo, *La democracia en México*, 2ª e., 19ª reimpr., México, Ediciones Era, 1993, pp. 36-37.

fue “dar esperanza, a los grupos y personas que pueden utilizar este recurso, de salvar en lo particular sus intereses o derechos”.<sup>159</sup>

En ese sentido, dicho autor reconoce que quienes tuvieron acceso a dicho recurso eran principalmente propietarios y compañías, en tanto que los trabajadores y campesinos eran un grupo minoritario que recurrían a la Corte, por ello, concluyó que durante ese periodo, la Suprema Corte de Justicia fue un poder político, “lo cual no impide por supuesto que en las grandes líneas siga la política del Ejecutivo, y sirva de hecho para darle mayor estabilidad”.<sup>160</sup>

Lo anterior nos permite advertir que entre 1917 y 1960, aunque formalmente se establecía el principio de división de poderes la existencia de un régimen presidencial fuerte impedía que materialmente operaran pesos y contrapesos por parte del poder legislativo o judicial, es decir, no existió ninguna forma de tensión entre justicia constitucional y legitimidad democrática,<sup>161</sup> ya que la labor que realizaron los ministros del Alto Tribunal, en términos generales, legitimó las acciones emprendidas por los otros dos poderes de la unión, en particular, por el Poder Ejecutivo. Para comprender las transformaciones institucionales de la Suprema Corte de Justicia a partir de 1917, retomaremos la propuesta de Karina Ansolabehere, quien identifica tres etapas<sup>162</sup> para abordar los cambios más relevantes de dicha institución:

a) Configuración de la relación entre Suprema Corte y poder político (1917 a 1950). En este periodo se realizaron tres importantes reformas constitucionales durante los gobiernos de Álvaro Obregón (1928),<sup>163</sup> Lázaro Cárdenas (1934)<sup>164</sup> y Manuel Ávila Camacho (1949),<sup>165</sup> encaminadas a determinar la composición de la Corte, el número de sus ministros, el tipo de tenencia del cargo, requisitos y formas de designación y de destitución; el denominador común fue que las reformas

---

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>160</sup> *Ídem*.

<sup>161</sup> Balbuena Cisneros, Arminda, *Suprema Corte de Justicia de la Nación y Jurisdicción constitucional en México*, México, ed. Universidad de Guanajuato, Facultad de Derecho, 2005, p. 323.

<sup>162</sup> Ansolabehere, Karina, *La política desde la justicia*, nota 148, pp. 113-121.

<sup>163</sup> Se aumentó el número de ministros de 11 a 16, se crearon tres salas de la Corte especializadas en materia civil, penal y administrativa y se otorgó al presidente de la República la facultad de proponer un candidato a ministro, sujeto a ratificación del Senado, así como la facultad de pedir la destitución directa de los ministros.

<sup>164</sup> Se aumentó el número de ministros de 16 a 21, se creó una cuarta sala especializada en materia laboral y se determinó que la duración en el cargo de ministro sería de seis años, el cual coincidía con la duración del titular del Ejecutivo en su cargo; además, se suprimió la garantía jurisdiccional de inamovilidad.

<sup>165</sup> Se restableció el cargo vitalicio de los ministros, así como la facultad del presidente para remover a un ministro que demostrara “mal comportamiento”, previa audiencia en privado.

constitucionales buscaron una adecuación de la relación entre el Poder Judicial y el poder político, restringiendo la autonomía del máximo tribunal y adaptando sus facultades a las necesidades del Ejecutivo.<sup>166</sup>

b) Jerarquización de la Corte en el ordenamiento judicial (1951 a 1987). Se impulsaron reformas durante los gobiernos de Miguel Alemán (1951),<sup>167</sup> Gustavo Díaz Ordaz (1967)<sup>168</sup> y Miguel de la Madrid (1982),<sup>169</sup> relativas a las competencias de la Suprema Corte, especialmente, en los procedimientos de administración de justicia en general, así como el establecimiento de mecanismos para superar el rezago en la resolución de los asuntos.

Los conflictos políticos y sociales suscitados en la década de los 70's constituyeron no solo un cuestionamiento al autoritarismo con el que se conducía el presidente de la República, sino que lo obligaron a plantear una apertura en el sistema político mexicano que comenzó con la reforma electoral de 1977 y que, a la postre, impulsaría reformas constitucionales específicas para el Poder Judicial, lo que dio origen a la siguiente etapa.

c) Refundación de la relación entre el Poder Judicial y el poder político (1988 a la fecha). Durante este periodo se revisó la distribución de competencias en el interior de los órganos del Poder Judicial y se fortaleció la capacidad de la Suprema Corte de Justicia como un órgano de control de constitucionalidad.

### **3.2 Contexto político de las reformas judiciales de 1994 y contenido de dicha reforma**

En 1988 la llegada de Carlos Salinas de Gortari a la presidencia de la República se dio en el marco de unas elecciones competidas, en las que los actores políticos reclamaban espacios y reconocimiento a su labor y donde los resultados de dichas

---

<sup>166</sup> Ansolabehere, Karina, *La política desde la justicia*, nota 148, p. 115.

<sup>167</sup> Se amplió el número de ministros de 21 a 26, con la creación de cinco ministros supernumerarios, se crearon los tribunales colegiados de circuito encargados de realizar el control de legalidad y se creó la quinta sala auxiliar.

<sup>168</sup> Se introdujo la facultad de atracción, con la que la Corte conocería de amparos de mayor trascendencia, con base en criterios de carácter patrimonial y social y se establecieron las reglas para que los criterios de los colegiados formaran jurisprudencia.

<sup>169</sup> Se estableció la facultad de la Corte para remitir a los tribunales colegiados de circuito los amparos que carecían de importancia y trascendencia y se determinó que el procedimiento para destituir a los ministros debía ser solo mediante juicio político.



elecciones fueron seriamente cuestionados, por lo que las acciones gubernamentales que adoptó Salinas de Gortari estuvieron encaminadas a darle legitimidad a su gobierno.

Aunado a lo anterior, en 1990 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió su primer informe de fondo sobre México en relación con los procesos electorales locales de Chihuahua (para elección de diputados en 1985 y de gobernador en 1986) y Durango (elecciones municipales de 1986), en el que si bien no se pronunció sobre la existencia de elecciones “simuladas” que no representaron la voluntad popular, lo cierto es que recomendó al Estado Mexicano impulsar reformas que permitieran garantizar los derechos electorales y con ello, cumplir sus obligaciones internacionales.<sup>170</sup> Además, la negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) con Estados Unidos de América, atrajo la mirada de organizaciones no gubernamentales que se preocuparon por la situación de los derechos humanos en México, por ejemplo, *American Watch* (actualmente, *Human Rights Wach*) publicó en junio de 1990 el informe intitulado “*Derechos humanos en México ¿una política de impunidad?*”,<sup>171</sup> el cual contenía una severa crítica a la política gubernamental que había tolerado y perdido el control sobre sus instituciones policiales y agentes ministeriales, quienes incluso llegaban a cometer actos de tortura en la investigación de los delitos.

La respuesta inicial del gobierno ante la presión internacional fue la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en junio de 1990, así como la ratificación de diversos tratados de derechos humanos,<sup>172</sup> entre otras, pero dichas medidas no fueron suficientes, por lo que el 5 de diciembre de 1994, el Ejecutivo Federal a cargo de Ernesto Zedillo, envió una iniciativa de reformas a diversos preceptos de la constitución, en la que se reconoció la importancia de la Suprema Corte para mantener

---

<sup>170</sup> Balbuena Cisneros, Arminda, *Suprema Corte de Justicia de la Nación y Jurisdicción constitucional en México*, México, ed. Universidad de Guanajuato, Facultad de Derecho, 2005.

<sup>171</sup> Human Rights Watch, “Human Rights in Mexico: A policy of impunity”, New York, June 1990, p. 29 y ss., <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/Mexico906.pdf>

<sup>172</sup> La Convención sobre los Derechos del Niños (ratificada en 1990) y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (ratificada en 1990).

el equilibrio entre los Poderes de la Unión al dirimir las controversias que se susciten entre los órganos del Estado.<sup>173</sup>

La referida iniciativa buscaba, entre otras cosas, darle una mayor independencia a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consolidándola como un órgano encargado de vigilar ya no solo el respeto a las leyes, sino la congruencia de éstas con la Carta Magna, para ello se crearon las acciones de inconstitucionalidad y se ampliaron los supuestos de procedencia de las controversias constitucionales, dicha iniciativa finalmente, fue aprobada y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 2014.

Los principales ejes sobre los cuales versó la reforma judicial de 1994 pueden agruparse de la siguiente forma:

a) Bajo el argumento de que la Corte sólo resolvería asuntos de constitucionalidad, se redujo el número de ministros de 21 numerarios y 5 supernumerarios a 11 ministros<sup>174</sup> que sesionarían en dos salas, la primera a cargo de asuntos civiles y penales, y la segunda, de asuntos administrativos y laborales.

La reforma implicó no sólo la reducción del número de ministros que integrarían la Suprema Corte, sino que materialmente se sustituyeron a las personas que integrarían a dicho órgano jurisdiccional, como se observa en el siguiente cuadro:

**Tabla 2. Comparativo de la integración de la Corte antes y después de 1994**

Integración de la SCJN antes del 31 diciembre 1994			Integración de la SCJN después de la reforma judicial de 1994	
No.	Ministro	Presidente que lo propuso	Ministro	Presidente que los propuso

<sup>173</sup> “(...) La fortaleza, autonomía y capacidad de interpretación de la Suprema Corte de Justicia son esenciales para el adecuado funcionamiento del régimen democrático y de todo el sistema de Justicia (...) Consolidar a la Suprema Corte como tribunal de constitucionalidad exige otorgar mayor fuerza a sus decisiones; exige ampliar su competencia, para emitir declaraciones sobre la constitucionalidad de leyes que produzcan efectos generales, para dirimir controversias entre los tres niveles de gobierno, y para fungir como garante del federalismo (...)”, Cfr. Exposición de motivos de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1994, p. 4, [https://www.sitios.scjn.gob.mx/constitucion1917-2017/sites/default/files/CPEUM\\_1917\\_CC/procLeg/133%20-%2031%20DIC%201994.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/constitucion1917-2017/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/133%20-%2031%20DIC%201994.pdf)

<sup>174</sup> Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 2014 (...) Transitorios (...) “Segundo. Los actuales Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación concluirán sus funciones a la entrada en vigor del presente Decreto. Recibirán una pensión igual a la que para casos de retiro forzoso prevé el “Decreto que establece las Causas de Retiro Forzoso o Voluntario de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”.

A los Ministros citados en el párrafo anterior, no les serán aplicables los impedimentos a que se refiere el último párrafo del artículo 94 y el tercer párrafo del artículo 101, reformados por virtud del presente Decreto.

De regresar al ejercicio de sus funciones, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 96 reformado por virtud del presente Decreto, se suspenderá el derecho concedido en el primer párrafo de este artículo, durante el tiempo en que continúen sus funciones”.

Integración de la SCJN antes del 31 diciembre 1994			Integración de la SCJN después de la reforma judicial de 1994	
1	Luis Fernández Doblado	José López Portillo	<ul style="list-style-type: none"> <li>• José Vicente Aguinaco Alemán</li> <li>• Sergio Salvador Aguirre Anguiano</li> <li>• Juventino Víctor Castro y Castro</li> <li>• Genaro David Góngora Pimentel</li> <li>• José de Jesús Gudiño Pelayo</li> <li>• Guillermo I. Ortiz Mayagoitia</li> <li>• Olga María del Carmen Sánchez Cordero Dávila</li> <li>• Juan N. Silva Meza</li> <li>• Humberto Román Palacios</li> <li>• Mariano Azuela Güitrón</li> <li>• Juan Díaz Romero</li> </ul>	Ernesto Zedillo Ponce de León
2	Atanasio González Martínez	Luis Echeverría Álvarez		
3	Victoria Adato Green	Miguel de la Madrid Hurtado		
4	Ulises Schmill Ordoñez			
5	Clementina Gil de Lester			
6	Samuel Alba Leyva			
7	Noé Castañón León			
8	Fausta Moreno Flores			
9	José Manuel Villagordoa Lozano			
10	Carlos de Silva Nava			
11	Mariano Azuela Güitrón			
12	Sergio Hugo Chapital Gutiérrez			
13	Carlos García Vázquez			
14	Juan Díaz Romero			
14	Felipe López Contreras			
16	Martha Chávez Padrón			
17	Irma Cué Sarquís			
18	Carlos Sempé Minvielle	Carlos Salinas de Gortari		
19	Miguel Montes García			
20	Diego Valadés Ríos			
21	Ignacio Magaña Cárdenas			
22	José Antonio Llano Duarte			
23	Luis Gutiérrez Vidal			
24	Miguel Ángel García Domínguez			
25	José Jesús Duarte Cano			
26	Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez			

Los nuevos Ministros se designaron bajo periodos escalonados en el ejercicio de su encargo,<sup>175</sup> con la finalidad de garantizar mayor independencia pues se evitaba que las sustituciones de los Ministros coincidieran con las elecciones del Poder Ejecutivo o Legislativo.

b) Se modificó el procedimiento de designación de los ministros, ya que ahora serían electos de entre una terna presentada por el titular del Ejecutivo, con el voto de las dos terceras partes del Senado; se amplió la antigüedad en el título de abogado a 10 años, se estableció que la duración de los ministros en el cargo sería de 15 años,<sup>176</sup> que la edad máxima para ser designado ministro sería de 65 años, que una causa de retiro forzoso era cumplir 70 años, además, se amplió el tiempo a 2 años para que un ministro en retiro pudiese ocupar un puesto en la administración pública.

c) Se establecieron facultades en materia de control de constitucionalidad, a través de la ampliación de los supuestos de procedencia de las controversias constitucionales, que serían competencia exclusiva del Pleno de la Suprema Corte de Justicia y a través de la incorporación de la figura de las acciones de inconstitucionalidad, como un procedimiento a través del cual se denuncia la posible contradicción entre la Constitución y alguna norma o disposición de carácter general de menor jerarquía (ley, tratado internacional, reglamento, decreto, etc.), con la finalidad de dejar sin efectos las normas declaradas inconstitucionales y, de esta forma, mantener el principio de supremacía constitucional.

d) Se creó el Consejo de la Judicatura Federal como un órgano del Poder Judicial de la Federación encargado de llevar a cabo las funciones administrativas, de gobierno y vigilancia del Poder Judicial, a través de funciones como la designación, remoción, ratificación y ascenso de los jueces y magistrados, el establecimiento de las reglas sobre la carrera judicial.

e) Se establecieron procedimientos judiciales para impugnar el no ejercicio de la acción penal y se creó un Sistema Nacional de Seguridad Pública con el fin de

---

<sup>175</sup> El artículo cuarto transitorio de dicha reforma precisó “El periodo de los Ministros, vencerá el último día de noviembre del año 2003, del 2006, del 2009 y del 2012, para cada dos de ellos y el último día de noviembre del año 2015, para los tres restantes. Al aprobar los nombramientos, el Senado deberá señalar cuál de los periodos corresponderá a cada Ministro.”

<sup>176</sup> Antes de la reforma judicial, el cargo de los ministros era vitalicio.

establecer bases para la coordinación entre la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios en esta materia.

Posteriormente, el 22 de agosto de 1996 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto mediante el cual se reformaron diversos artículos constitucionales, dentro de los cuales destaca el artículo 105 con el que se crea el Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal, al que se le facultó para controlar la constitucionalidad de leyes o actos en materia electoral<sup>177</sup> y para interpretar preceptos constitucionales en materia electoral, pero dicha facultad quedó restringida, confirmando con ello el carácter de intérprete definitivo de la Suprema Corte ya que, conforme al artículo 236 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando exista contradicción de tesis entre lo sustentado por el Tribunal Electoral de Poder Judicial y las Salas o el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, previa denuncia de contradicción, el Pleno era el encargado de decidir en definitiva el criterio que debe prevalecer.

Otro aspecto relevante de esta reforma fue el reconocimiento de la personalidad a los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral para interponer acciones de inconstitucionalidad relacionadas con leyes electorales federales o locales.<sup>178</sup>

Otra de las reformas constitucionales impulsadas por Ernesto Zedillo se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 1999, con ella se otorgó al Pleno de la Suprema Corte la facultad de expedir acuerdos generales y remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito aquellos asuntos en los cuales hubiere establecido jurisprudencia, no revistan interés o trascendencia o aquellos en los que considere innecesaria su intervención.

---

<sup>177</sup> Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. "Artículo 189. La Sala Superior tendrá competencia para: (...) IV. Fijar la jurisprudencia obligatoria en los términos de los artículos 232 al 235 de esta ley."

<sup>178</sup> "Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

(...)

III. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma por:

(...)

f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro..."

En opinión del investigador González Compeán, “la facultad de seleccionar qué asuntos conoce y cuáles no, fortalece el perfil político de la Suprema Corte, e implica un esfuerzo por lograr que sus trabajos se dediquen únicamente a las cuestiones más trascendentes para la vida del Estado, en el reiterado afán por convertirla en un tribunal constitucional”.<sup>179</sup>

Con esta reforma se precisó la naturaleza jurídica del Consejo de la Judicatura Federal como órgano integrante del Poder Judicial Federal, pero no depositario de éste, con independencia técnica, de gestión y para emitir sus resoluciones; además, estaría destinado a realizar labores administrativas, pero no tendría la labor de resolver controversias.<sup>180</sup>

También se modificó el mecanismo de designación de los integrantes del Consejo de la Judicatura previsto en el artículo 100 segundo párrafo, de la Constitución Política, ya que ahora tres integrantes serían nombrados por el Pleno de la Corte de entre los magistrados y jueces de distrito, uno por el presidente, dos por el senado y uno más sería el presidente de la Corte que también fungiría como presidente del Consejo.

### **3.3 Impacto de la reforma judicial en el comportamiento judicial de los ministros y ministras**

La reforma judicial de 1994 y posteriores debe analizarse también en un contexto de cambio político, especialmente en el año 2000, en el que el Partido Revolucionario Institucional perdió la presidencia de la República y la mayoría absoluta en la Cámara de Diputados,<sup>181</sup> lo que llevó a una alternancia política con la presencia de nuevos actores políticos, lo que materialmente se tradujo en un aumento

---

<sup>179</sup> González Compeán, Miguel y Bauer, Peter, *Jurisdicción y democracia. Los nuevos rumbos del Poder Judicial en México*, México, ed. Cal y Arena, 2002, p. 194.

<sup>180</sup> Artículo 94 constitucional. “Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito. La administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal en los términos que, conforma a las bases que señala esta Constitución, establezcan las leyes.”

<sup>181</sup> En las elecciones federales del año 2000, el candidato del Partido Revolucionario Institucional perdió la Presidencia de la República, en tanto que la Cámara de Diputados y la de Senadores se integraron con partidos diferentes al PRI, aunque este último conservó la mayoría relativa en ambas cámaras.

considerable de la actividad jurisdiccional de la Corte que implicaba un análisis de la constitucionalidad de diversos actos, a continuación, se muestra la estadística de los asuntos ingresados a la Corte de 1995 a 2018, en cuatro de los principales recursos jurídicos para la protección de los derechos:

**Tabla 3. Medios de control constitucional interpuestos de 1995 a 2018**

<b>Año</b>	<b>Acciones de inconstitucionalidad</b>	<b>Controversias constitucionales</b>	<b>SEFA<sup>182</sup></b>	<b>Amparo directo en revisión</b>
1995	1	19	-	2132
1996	10	57	-	3136
1997	10	36	-	3690
1998	12	29	-	3542
1999	17	37	-	1294
2000	41	37	-	1595
2001	40	370	-	1858
2002	35	67	-	1983
2003	26	112	-	1923
2004	30	109	-	1950
2005	39	83	-	2152
2006	55	153	58	2093
2007	171	97	46	2206
2008	134	171	130	2189
2009	88	119	129	2473
2010	35	95	181	2975
2011	36	125	296	3059
2012	72	126	426	4004
2013	42	118	470	4614
2014	110	120	701	6282
2015	140	85	549	7054
2016	113	254	696	7467
2017	161	331	649	7863
2018	120	234	804	8399

Fuente: Elaboración propia con base en la consulta temática de expedientes consultable en la dirección electrónica <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica>.

Además de las cifras relativas al número de medios de control constitucional interpuestos ante la Corte ¿Cómo observar el impacto que tuvieron las reformas constitucionales de 1994, 1996 y 1999 en relación con la configuración del Poder Judicial? Sobre este aspecto, consideramos oportuno retomar los estudios que se han desarrollado respecto del desempeño de la Corte conforme al ministro que la ha

<sup>182</sup> (SEFA) Solicitudes de ejercicio de Facultad de Atracción.

presidido y a la ideología jurídica que asumieron al momento de decidir.<sup>183</sup> En este sentido, es posible identificar los siguientes periodos.

1. De 1995 a 1999 fue Presidente de la Corte el ministro José Vicente Aguinaco Alemán, tiempo en el que destaca un bloque sólido de ocho ministros que votaron de manera parecida la mayoría del tiempo: Juventino Víctor Castro y Castro, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga María del Carmen Sánchez Cordero Dávila, Juan N. Silva Meza, Humberto Román Palacios, Mariano Azuela Güitrón, José Vicente Aguinaco Alemán y Juan Díaz Romero. En tanto que los ministros José de Jesús Gudiño Pelayo, Genaro David Góngora Pimentel y Sergio Salvador Aguirre Anguiano estuvieron en desacuerdo muy a menudo con el bloque mayoritario, pero no votaron juntos de forma sistemática.<sup>184</sup>

2. De 1999 a 2003, fue Presidente de la Corte Genaro David Góngora Pimentel y destacaron dos grupos mas o menos diferenciados de ministros, José de Jesús Gudiño Pelayo, Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino Víctor Castro y Castro, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga María del Carmen Sánchez Cordero Dávila tomaron decisiones legalistas, en tanto que Genaro David Góngora Pimentel, José Vicente Aguinaco Alemán, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Juan Díaz Romero asumieron posiciones interpretativistas, en general, “la Corte de Góngora puede definirse por su intención de llevar a la Corte hacia un interpretativismo significativamente mayor, con el juez Gudiño claramente oponiéndose a la expansión de los poderes de la Corte”.<sup>185</sup>

3. En el periodo de 2003 a 2007 fue Presidente de la Corte Mariano Azuela Güitrón; los ministros Aguinaco, Juventino Castro y Humberto Román Palacios fueron reemplazados por los ministros Ramón Cossío Díaz, Margarita Luna Ramos y Sergio Valls.

---

<sup>183</sup> Por la forma en cómo deciden o cómo votan los ministros, pueden distinguirse dos tipos: a) Legalismo, bajo este enfoque los jueces realizan una interpretación limitada de la jurisdicción constitucional, otorgan el principal peso al texto y estructura de la Constitución y son escépticos respecto de su habilidad para fundar sus decisiones en un razonamiento que no sea legal; b) Interpretativismo, esta postura parte de la idea de que la Corte debe expandir su jurisdicción modificando los límites del papel del Poder Judicial, tomando en consideración las consecuencias políticas, sociales y económicas de sus fallos. Cfr. Sánchez, Arianna et. al., “Legalistas vs. Interpretativistas: La Suprema Corte y la transición democrática en México”, en Ríos Figueroa, Julio y Helmke, Gretchen (coords.), *Tribunales Constitucionales en América Latina*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2010, p. 332.

<sup>184</sup>Ibidem, p. 348.

<sup>185</sup>Ibidem, p. 350.



4. En el periodo 2007-2010. Fue presidente el ministro Guillermo Iberio Ortiz Mayagoitia, donde es posible identificar dos bloques significativos, “Gudiño, Valls, Franco y Aguirre del lado derecho-legalista, y Góngora, Sánchez, Silva y Luna del lado izquierdo-interpretativista. El juez Cossío se mueve cerca de Aguirre en esta última Corte, aunque vota a menudo con el bloque de Góngora. Ortiz está cerca del punto medio de ambas dimensiones”.<sup>186</sup>

Este contexto resulta interesante, pues al analizar 177 controversias constitucionales y 124 acciones de inconstitucionalidad que resolvió la Suprema Corte de Justicia en el periodo comprendido entre 1994 y 2001, Julio Ríos Figueroa observó que entre 1994 y 2000 no hubo un cambio sustancial en el comportamiento judicial ya que se mantuvo una actitud legitimadora del poder, pero en el año 2000 la existencia de un gobierno dividido<sup>187</sup> que generó una pluralización de la representación política del Poder Legislativo, a decir de Ríos Figueroa, incentivó un cambio en el comportamiento judicial y facilitó una mayor cantidad de decisiones contrarias al partido hegemónico (Partido Revolucionario Institucional), por lo que “mientras mayor es el nivel de fragmentación política, mayor es la probabilidad de que el Poder Judicial sea efectivo, es decir, que éste decida en contra de los intereses de los grupos en el poder.”<sup>188</sup>

No obstante, a pesar de que el análisis estadístico de Ríos Figueroa evidenció que la probabilidad de que la Suprema Corte decidiera contra el Partido Revolucionario Institucional aumentaba a medida en que el nivel de fragmentación política aumentaba, lo cierto es que dicho autor reconoció que dicha probabilidad “está relacionada con lo que los jueces pueden hacer, es decir, con las restricciones políticas, pero también con lo que los ministros quieren hacer, es decir, con la ideología política de los ministros”.<sup>189</sup>

---

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 351.

<sup>187</sup> Se denomina “gobierno dividido” a la situación política en la que el partido que llevó al presidente a ocupar la titularidad del Poder Ejecutivo no tiene el control mayoritario en la Cámara de Diputados y en la Cámara de Senadores. Lujambio, Alonso, “Gobiernos divididos en once estados de la federación mexicana, 1989-1997”, en Casar, María Amparo y Marván, Ignacio (coords.), *Gobernar sin mayoría*, México, ed. Taurus, 2002, p. 319.

<sup>188</sup> Ríos Figueroa, Julio Antonio, “El surgimiento de un Poder Judicial efectivo en México: gobierno dividido y toma de decisiones en la Suprema Corte de Justicia, 1994-2002”, en *El Poder Judicial en la transición y consolidación democrática en México*, México, Instituto Federal Electoral, 2004, p. 31.

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 27.

En ese sentido, la ideología política como variable en el estudio de Ríos Figueroa la hizo depender del proceso de nominación de los jueces, mediante el cual se transmiten las preferencias políticas del presidente y las mayorías nominadoras a los jueces, variable que no fue considerada en su análisis estadístico debido a que el periodo de 1994 a 2001 no tuvo cambio en cuanto a la composición de la Suprema Corte, ya que todos los ministros fueron propuestos por Ernesto Zedillo, es decir, el presidente prácticamente designó a los once ministros, dada la mayoría con la que contaba para que sus propuestas fueran ratificadas por el Senado.

Sin embargo, como se analizará en el capítulo siguiente, no podemos excluir a la ideología como elemento para el análisis de las decisiones que toman los ministros y, menos aún, podremos hacer depender dicho elemento exclusivamente del mecanismo de designación por el cual se nombró al juzgador, aunque sí es un factor que se toma en cuenta, al igual que el sentido de las decisiones que dichos ministros han asumido en casos de gran relevancia, lo que a la postre, nos permitirá advertir la posición estratégica, si la hay, de los ministros al momento de resolver.

Con una visión menos optimista respecto del impacto de las reformas judiciales, Karina Ansolabehere afirma que el periodo que inicia con la reforma judicial de 1994 se caracterizó por constituir un ajuste en la organización interna del Poder Judicial y por fortalecer la capacidad de la Suprema Corte al establecer el principio de “supremacía constitucional” sobre la “supremacía presidencial”, especialmente a partir de la alternancia política en el año 2000,<sup>190</sup> aspecto que puede corroborarse con las estadísticas referidas en el cuadro anterior, en el que se observa un aumento en la actividad de la Corte, que si bien deriva de la facultad exclusiva de intérprete de la Constitución y de sus nuevas facultades en materia de control de constitucionalidad, no puede pasarse por alto el contexto de cambios políticos, en el que se hace evidente la incapacidad de los actores políticos del país para llegar a acuerdos, lo que generó que los conflictos que se presentaban entre distintos poderes del Estado y actores, fueran sometidos a la decisión de los ministros, a través del trámite de acciones y controversias constitucionales, es por eso que hay quienes afirman que el papel que ha jugado la Corte a partir de las reformas de 1994 es semejante al de un árbitro, cuyas

---

<sup>190</sup> Ansolabehere, Karina, *La política desde la justicia*, nota 148, p. 115.

decisiones son capaces de alterar las reglas del juego político existente,<sup>191</sup> pero es un árbitro privilegiado pues jurídicamente cuenta con facultades que la convierten en el decisor último de los conflictos sometidos a su jurisdicción y, materialmente, ocupa un lugar metapolítico.<sup>192</sup>

A pesar de las reformas constitucionales emprendidas con el objetivo de fortalecer a la Corte como un Tribunal Constitucional, algunos autores sostienen que aún hace falta emprender nuevas reformas ya que nuestro máximo intérprete constitucional aún conserva atribuciones propias de un tribunal de control de legalidad, que le impiden constituirse como un verdadero equilibrio dentro del sistema de división de poderes, inclusive, hay quienes afirman que es necesario evitar la intervención del Ejecutivo en el nombramiento de los ministros<sup>193</sup> pues eso genera dudas sobre la imparcialidad e independencia de las decisiones que toman.

La reforma judicial de 1994 otorgó a la Suprema Corte un nuevo posicionamiento formal en el sistema de división de poderes, asignándole un papel de contrapeso en relación con el Ejecutivo y Legislativo, pero en la práctica, los ministros utilizaron esas facultades de manera estratégica para redistribuir el poder entre las dos principales fuerzas políticas del país, especialmente entre 2000 y 2011, como se revela en los estudios empíricos sobre el análisis de las sentencias emitidas en materia de controversias constitucionales y de acciones de constitucionalidad, en los que se hizo evidente que a pesar de que se presentó cierta tensión entre los poderes durante ese periodo dado el gobierno dividido, como se evidencia con un aumento considerable en la interposición de acciones y controversias constitucionales, lo cierto es que la Suprema Corte no jugó un papel real de árbitro en los conflictos políticos, lo que puede explicarse por el legado de dependencia respecto de las relaciones entre el presidente de la República y la Suprema Corte, a la persistencia de una cultura de poder a favor del presidente de la República dentro de los actores políticos y a la falta de

---

<sup>191</sup> Daniela Pastrana “Los superárbitros”, en *La Jornada*, Suplemento Masiosare, número 228, 5 de mayo de 2002.

<sup>192</sup> Ansolabehere, Karina, *La política desde la justicia*, nota 148, p. 129.

<sup>193</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *Una constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, Instituto de Investigación Jurídicas, UNAM, 2000, p. 185.

transparencia en el gasto público de la Suprema Corte que a largo plazo genera una dependencia ante el Poder Ejecutivo.<sup>194</sup>

Incluso, se documentaron estudios relevantes del comportamiento judicial de los ministros entre 2000 y 2011 que evidencian su actitud estratégica, ya que los efectos de las sentencias y las partes involucradas, comúnmente son factores que influyen en el sentido de las decisiones de los ministros y que impactan en el grado de protección de los derechos fundamentales.

Al respecto, Andrea Castagnola y Saúl López Noriega al analizar 1,818 casos resueltos por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia entre 2000 y 2011, de los cuales el 94% fueron amparos y el 6% fueron acciones de inconstitucionalidad, advirtieron que los ministros votaron más veces en contra de la autoridad estatal en los amparos (50%), que en las acciones de inconstitucionalidad (25%), lo que se explica porque en los amparos los efectos de la sentencia afectan únicamente a quien lo interpuso, por tanto, una decisión a favor del demandante le permite a la Corte presentarse ante la opinión pública como un tribunal garantista, es decir, el impacto legal de la sentencia se atenúa por su efecto relativo; en cambio, en las acciones de inconstitucionalidad, el costo de las decisiones asumidas por los ministros es alto, situación que se complica cuando existe una mayor presión de los medios de comunicación y un riesgo de la polarización social en razón de los efectos generales de dicho medio de control constitucional, lo que inhibe votaciones en contra de la determinación de inconstitucionalidad de las leyes por parte de los ministros.<sup>195</sup>

Sobre el mismo tema, hay quienes afirman que “no existen señales de que los ministros de la Corte estén conscientes del papel que hoy están llamados a desempeñar”,<sup>196</sup> lo que se evidencia, a decir de Magaloni y Zaldívar, por la política que adoptan al remitir a los tribunales colegiados de circuito los juicios de amparo, que son los mecanismos jurídicos que regularmente llegan a la Corte, quedándose para su conocimiento con los amparos en materia fiscal que frecuentemente importan a las

---

<sup>194</sup> Castagnola Andrea y López Noriega Saúl, “¿Son los ministros verdaderos árbitros entre las élites políticas?”, en Castagnola, Andrea y López Noriega, Saúl, *El rol de la Suprema Corte en la consolidación democrática de México*, México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas-Tirant lo Blanch, 2016, p. 133-135.

<sup>195</sup> Castagnola Andrea y López Noriega Saúl, “La Suprema Corte y la (no) revolución de los derechos”, en Castagnola, Andrea y López Noriega, Saúl, op. cit., p. 168-169.

<sup>196</sup> Magaloni, Ana Laura y Zaldívar, Arturo, “El ciudadano olvidado”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Corte, jueces y política*, México, Fontamara-Nexos, 2007, p. 115.

grandes empresas y respecto de los cuales, agregamos, regularmente otorgan el amparo y protección de la justicia federal.

Es por eso que al analizar este último periodo, Karina Ansolabehere afirma que la Corte mexicana “opta por la solución menos costosa para mantener su posición, la intervención en la política, mirar para no ser mirada, en lo que a la relación entre Poder Judicial y poder político se refiere y adaptarse a los cambios en el sistema político en sus concepciones vinculadas con el poder político: considerar a cada cual según el momento”,<sup>197</sup> esto último como una estrategia para preservarse y preservar el poder político.

### **3.4 Contexto político de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos en 2011**

En el aspecto contextual, en diciembre de 2008, el presidente Felipe Calderón Hinojosa firmó la primer Carta de Acuerdo sobre la Iniciativa Mérida con el entonces presidente de Estados Unidos, George Bush, con el objetivo de establecer un acuerdo de cooperación para la seguridad a fin de combatir el tráfico de drogas y el crimen organizado,<sup>198</sup> con dicho acuerdo Estados Unidos se comprometió otorgar financiamiento al gobierno mexicano, siempre que este asumiera el compromiso de emprender una “guerra contra las drogas”, para lo cual se delinearon cuatro estrategias:

- a) Trastornar la capacidad operativa del crimen organizado.
- b) Institucionalizar la capacidad de mantener el estado de derecho.
- c) Crear la estructura fronteriza del siglo XXI.
- d) Construir comunidades fuertes y resilientes.

Para efectos de este trabajo, se destaca la segunda estrategia cuyo objetivo era:

(...) mejorar la capacidad de las instituciones mexicanas encargadas de seguridad pública y fronteras, así como instituciones judiciales para mantener el estado de derecho. Los programas de la Iniciativa Mérida fortalecerán las capacidades de instituciones claves de mejorar los

---

<sup>197</sup> Ansolabehere, Karina, *La política desde la justicia*, nota 148, p. 163.

<sup>198</sup> Consultado en <http://www.casede.org/PublicacionesCasede/CrimOrgelIniciativaMerida/cap2.pdf>.

controles internos, continuar profesionalizando a las fuerzas armadas y la policía, reformar instituciones correccionales e implementar la reforma al sistema penal.<sup>199</sup>

Conforme a lo anterior, el gobierno mexicano se comprometía a realizar cambios en diversas instituciones del país, dentro de ellas, las de seguridad pública, las instituciones judiciales y el ejército, así como emprender una reforma al sistema penal.

La política de combate al narcotráfico emprendida durante el sexenio de Felipe Calderón Hinojosa deterioró gravemente el respeto a los derechos humanos ya que el régimen operó con la variable del control autoritario para mantener una relativa estabilidad política.<sup>200</sup>

En particular, el régimen calderonista utilizó una doble estrategia: por un lado un gran activismo para promover los derechos humanos al exterior, pero con pocos resultados al interior<sup>201</sup> que incluyeron una reticencia en la aplicación de los tratados en materia de derechos humanos, así como al acatamiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas, inclusive, represalias en contra de los luchadores sociales<sup>202</sup> y defensores de los derechos humanos.<sup>203</sup>

Un ejemplo claro sobre este tema se advierte en la iniciativa de reformas al Código de Justicia Militar que el presidente Felipe Calderón envió el 18 de octubre de

---

<sup>199</sup> Iniciativa Mérida. *Los cuatro Pirales de la Cooperación*, consultado en [http://photos.state.gov/libraries/mexico/310329/28april/The\\_Four\\_Pillars\\_of\\_Cooperation\\_ESP.pdf](http://photos.state.gov/libraries/mexico/310329/28april/The_Four_Pillars_of_Cooperation_ESP.pdf)

<sup>200</sup> Magdalena Gómez, "México apagó su candil de la calle", en *La Jornada*, Año 27, número 9412, 26 de octubre de 2010, p. 18.

<sup>201</sup> Así lo sostuvo Luis Arriaga Valenzuela, Director del Centro de Derechos Humanos Agustín Pro Juárez (Centro Prodh), en el foro sobre los derechos humanos organizados por la Unión Europea del 23 de septiembre al 3 de octubre de 2010, citado en Díaz, Gloria Leticia, "Al desnudo en Europa el doble discurso presidencial", en *Proceso*, octubre 2010, p. 26.

<sup>202</sup> Del 8 al 31 de marzo de 2011, el grupo de trabajo de Desapariciones Forzadas e Involuntarias de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) realizó una visita de trabajo a México y enfatizó su preocupación por las desapariciones forzadas que se reportaban durante el gobierno de Felipe Calderón, el cual en comparación con el periodo de la "Guerra Sucia", presentaba similitud de patrones como "la impunidad generalizada y la falta de la plena verdad y reparación de las víctimas", Cfr. Organización de las Naciones Unidas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, Misión a México, A/HRC/19/58/Add.2, 20 de diciembre [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.58.Add.2\\_Spanish.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.58.Add.2_Spanish.pdf)

<sup>203</sup> "(...) Debido a que su trabajo a menudo les obliga a cuestionar el statu quo, sufren sistemáticamente actos de intimidación a manos del gobierno o sus agentes, por lo general en forma de amenazas a su vida y su salud física. El gobierno ha adoptado otras tácticas para instaurar miedo, incluyendo la adaptación de intimidación judicial como medio para silenciar a aquellos que abogan por el cambio social, medidas que han afectado negativamente la labor de los defensores de derechos humanos (...)", Bar Human Rights Committee of England and Wales, *Retomando el Estado de derecho: Informe de la delegación de abogados a México. Un informe sobre la protección de defensores de derechos humanos y el Estado de Derecho en los estados de Guerrero y Oaxaca*, México, julio de 2010, p. 60, <http://www.tlachinollan.org/respaldo/Descargas/BHRC.pdf>

2010 a la Cámara de Senadores, con el objetivo de que los miembros de las Fuerzas Armadas que estuvieran involucrados en los delitos de tortura, desaparición forzada y violación sexual, fueran juzgados en tribunales civiles, iniciativa encaminada a dar cumplimiento a la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Radilla Pacheco, la cual desde el punto de vista de diversos especialistas, resultaba insuficiente debido a que limitaba la jurisdicción civil generando impunidad cuando la violación de derechos humanos era cometida por personal del ejército.

Sobre este aspecto, dicha reforma parecía “preservar la justicia militar para todos los demás abusos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como ejecuciones extrajudiciales, malos tratos, detención arbitraria e, incluso, el genocidio y otros delitos de lesa humanidad”,<sup>204</sup> lo que desde el punto de vista de Roderic Ai Camp, generaba un mensaje de impunidad, denegación de acceso a la justicia a las víctimas e incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por México.<sup>205</sup>

En 2011 se reformó nuevamente la Constitución Política, el 6 de junio de ese año se modificaron diversos artículos relacionados al juicio de amparo, cuya eficacia hasta ese momento había sido limitada, especialmente para la defensa de derechos ante las omisiones de las instituciones del Estado,<sup>206</sup> dicha reforma tuvo como objetivo tutelar los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales. Posteriormente, el diez de junio de 2011 se realizó la reforma en materia de derechos humanos.

Dentro de los aspectos relevantes de la reforma de junio de 2011 destaca la sustitución del término “garantías individuales” por el de “derechos humanos y sus garantías”, cambio que permitió distinguir entre los derechos humanos de sus medios de protección por los cuales se hacen exigibles. Asimismo, se hizo el reconocimiento

---

<sup>204</sup> Cerda Ardua, Antonio, “Debate sobre el fuero militar, intento de socavar al Ejército, en *Siempre*, número 65, noviembre-diciembre, 7 de noviembre de 2010, p. A11,

<sup>205</sup> Entrevista realizada a Roderic Ai Camp por Carrasco Araizaga Jorge en “Una reforma simulada”, en *Proceso*, 7 de noviembre de 2010, p. 18.

<sup>206</sup> Para algunos autores, el juicio de amparo se había convertido en un recurso con demasiados requisitos técnicos y procesales, además, no se podía reclamar por esa vía derechos colectivos y difusos, incluso, no estaba claro si era el instrumento adecuado para proteger los derechos humanos contenidos en tratados internacionales. Cfr. Castagnola, Andrea y López Noriega, Saúl, “La Suprema Corte y la (no) revolución de los derechos”, en Castagnola, Andrea y López Noriega, Saúl, op. cit., nota 195, p. 144.

de los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, lo que obligó a abandonar el criterio sostenido en la tesis aislada que consideraba de igual jerarquía los tratados internacionales y las leyes federales, ubicándolos en un nivel inmediatamente inferior de la Constitución y superior a las leyes federales y locales.<sup>207</sup>

También se modificó el principio de relatividad del juicio de amparo, estableciendo en el artículo 107 de la Constitución que en los amparos indirectos en revisión, si se resuelve la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión de manera consecutiva, la Corte debía notificarlo a la autoridad legislativa; y si se establece jurisprudencia por reiteración respecto de la inconstitucionalidad de una norma y en noventa días no se subsana dicha contrariedad, la Corte puede emitir una declaratoria general de inconstitucionalidad, siempre que exista una votación de cuando menos ocho Ministros, fijando los alcances y condiciones de dicha declaratoria.<sup>208</sup>

Otro aspecto relevante de la reforma en materia de derechos humanos es la introducción de dos herramientas interpretativas:

a) La interpretación conforme. Esta herramienta sostiene que todas las normas de derechos humanos deberán interpretarse de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de derechos humanos, dicha herramienta obliga a los operadores jurídicos que se enfrenten a la necesidad de interpretar una norma de

---

<sup>207</sup> Tesis P.LXXVIII/1999, Novena época, T. LX, número de registro 192867, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, noviembre de 1999, p. 46 cuyo rubro es "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL".

<sup>208</sup> Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

(...)

II. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda. Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.

Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria. Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria.

(...)"



derechos humanos, incluyendo las previstas en la propia Constitución, a considerar en dicha interpretación al catálogo de derechos humanos que ahora reconoce el texto constitucional y a considerar que los derechos humanos, con independencia de su fuente normativa, forman parte de un mismo catálogo o conjunto normativo.

b) El principio *pro persona*. Obliga que la interpretación de los derechos humanos se desarrolle favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia, busca principalmente resolver los casos de duda que puedan enfrentar los operadores jurídicos frente a la eventual multiplicidad de normas.

Además, se introduce la figura de interés legítimo para la interposición del juicio de amparo, lo que significa que puede tener la calidad de quejoso la persona que, sin ser titular del derecho lesionado por un acto de autoridad, es decir, sin ser titular de un derecho subjetivo, tienen un interés en que un derecho sea protegido, respetado y reparado, pues resulte afectada por un acto que violenta un derecho reconocido por el orden jurídico, lo que materialmente implicó la posibilidad de que un mayor número de personas pudiera acceder a dicho medio de control constitucional para la defensa de intereses difusos y colectivos.

La reforma que venimos analizando elimina la facultad de investigación por violación grave de derechos que correspondía a la Corte y en el artículo 102 Constitucional reconoce dicha facultad a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.<sup>209</sup> Actualmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelve los siguientes asuntos:

**Tabla 4. Asuntos que resuelve la Suprema Corte a partir de la reforma constitucional de 2011**

Tipo de asunto	Características
Acción de inconstitucionalidad	Procedimiento cuyo objeto es determinar la constitucionalidad de una norma

<sup>209</sup> Artículo 102 (...)

B.(...)

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, los titulares de los poderes ejecutivos de las entidades federativas o las Legislaturas de éstas

Tipo de asunto	Características
Amparo en revisión	Aborda cuestiones relacionadas con la constitucionalidad de leyes y de otros actos de autoridad. En estos casos las resoluciones de los jueces de distrito llegan a la Suprema Corte para que ésta decida, en segunda instancia, las cuestiones de constitucionalidad planteadas
Amparo directo en revisión	Recurso que procede en contra de resoluciones de amparo directo dictadas por los Tribunales Colegiados de Circuito, en el que se alegan cuestiones de estricta constitucionalidad
Contradicción de tesis	Implica que dos o más tribunales federales o las dos Salas de la SCJN hayan resuelto asuntos similares con criterios aparentemente distintos, situación que es denunciada ante la SCJN, para que sea ésta quien determine el criterio que debe prevalecer
Controversia Constitucional	Resuelve conflictos entre órganos que pertenecen a distintos niveles o poderes de gobierno, respeto a los alcances de sus atribuciones constitucionales
Incidente de inejecución de sentencia	Procedimiento diseñado para exigir el cumplimiento de una sentencia
Solicitud de facultad de atracción	La SCJN de oficio o a petición de un Tribunal Colegiado de Circuito o del Procurador General de la República, podrá conocer de los amparos directos que por su interés y trascendencia así lo ameriten.
Juicio ordinario federal	Procesos civiles sustanciados ante el Pleno de la SCJN para dirimir conflictos relacionados con los contratos y convenios que celebra el Poder Judicial Federal.
Recurso de reclamación	Recurso que permite impugnar resoluciones por las que, entre otras causas, se admiten o rechazan demandas o recursos.

Fuente: Elaboración propia tomada de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y Diccionario Jurídico Mexicano, Porrúa, UNAM, México, 1995.

La trascendencia de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos llevó a los Ministros de la Suprema Corte a ordenar el inicio de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación.<sup>210</sup>

Ante de comenzar con el estudio de las resoluciones emitidas por la Suprema Corte de Justicia en materia de derechos humanos, es importante tener presente dos

<sup>210</sup> En el Acuerdo General Plenario 9/2011 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se determinó que la Décima Época del Semanario iniciaría con la publicación de la jurisprudencia del Alto Tribunal, así como de los Tribunales Colegiados de Circuito derivadas de las sentencias dictadas a partir del 4 de octubre de 2011, <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/wfContenido.aspx?control=Contenidos/ucNoticia&file=NoticiaHistorica&Info4=Info4#10>.

modelos de mentalidad jurisdiccional que evidencian dos formas diferentes de pensar el derecho y, en consecuencia, dos ideologías diferentes que delinear la acción de los jueces y su manera de aproximarse al fenómeno jurídico:

**Tabla 5. Comparativo sobre las características del juez legal y constitucional**

Juez legal	Juez constitucional
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Énfasis en el imperio de la ley</li> <li>• Apego al estado legislativo de derecho</li> <li>• Énfasis en la conciencia jurídica formal, apartado de factores extrajurídicos para resolver</li> <li>• Adopción de un modelo de interpretación de reglas en el que los asuntos se resuelven a través de la subsunción</li> <li>• Defensa de una ética judicial diferenciada en la que el razonamiento jurídico se cierra ante el razonamiento moral</li> <li>• Miedo a la pérdida de neutralidad valorativa, lo que implica considerar que la imparcialidad equivale a neutralidad.</li> <li>• Temor al subjetivismo, lo que lleva a afirmar que el derecho debe ser objetivo.</li> <li>• Rechazo al relativismo y defensa de la auto restricción judicial<sup>211</sup></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Énfasis en la garantía de los derechos</li> <li>• Apego al estado constitucional de derecho</li> <li>• Énfasis en la conciencia jurídica material</li> <li>• Adopción de un modelo de interpretación de reglas (subsunción) pero también de principios (ponderación)</li> <li>• Ética judicial aplicada (el razonamiento jurídico es un caso del razonamiento práctico general que coincide con la moral)</li> <li>• Reconocimiento de que aplicar el derecho implica hacer valoraciones por lo que la imparcialidad no se confunde con la neutralidad</li> <li>• Uso de la racionalidad como intersubjetividad</li> <li>• Evitar confundir el sometimiento al derecho y la auto restricción con la irresponsabilidad moral del juez</li> <li>• Evitar confundir entre un juez “no arbitro” con un juez “ritualista”.<sup>212</sup></li> </ul>

Tener claro el tipo de actitud que asume un juez que se asume como legalista y la que asume uno constitucionalista determina el sentido de las resoluciones que adoptará y nos permite comprender cuáles serán las acciones específicas que pueden

<sup>211</sup> Aguiló Regla, Josep, “Ética Judicial y estado de derecho”, en García Pascual, C., *El buen jurista. Deontología del derecho*, Tirant lo Blanc, México, 2013, p. 82.

<sup>212</sup> *Ibid.*

implementar frente a casos relevantes que impliquen la aplicación de derechos y valores, este esquema, incluso, nos lleva a reflexionar si es posible identificar alguna de estas posturas entre los ministros de la Suprema Corte de Justicia como de corte liberal o de corte conservador.

### **3.5 Conclusiones**

El análisis de este capítulo nos permite corroborar que los jueces son actores políticos con preferencias ideológicas, pero su marco de acción está condicionado por el marco institucional al que pertenecen, es por eso que, con apoyo en un enfoque neoinstitucional de tipo histórico, se observó que el diseño institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha estado vinculado estrechamente con el funcionamiento del sistema político mexicano.

En ese sentido, a pesar de que en la Constitución de 1917 se trató de asimilar el modelo estadounidense que configuró al Poder Judicial, asignándoles a los jueces mexicanos facultades en materia de control constitucional, como las controversias constitucionales, lo cierto es que nuestro sistema, no desempeñó una función similar a la realizada por los jueces norteamericanos que realizaban control difuso de constitucionalidad, lo que se explica por la existencia de un sistema político con un exacerbado presidencialismo que impidió a la Suprema Corte de Justicia cumplir con esas funciones y, en cambio, la convirtió en un órgano de legitimación de las decisiones tomadas por el titular del Ejecutivo.

No fue sino hasta las reformas constitucionales de 1994 cuando se fortalecieron las facultades de la Suprema Corte de Justicia en materia de control de constitucionalidad y se crearon estructuras administrativas, como el Consejo de la Judicatura Federal, para fortalecer su autonomía e independencia.

No obstante, esas reformas no implicaron una transformación sustancial en el Poder Judicial y menos aún en la forma en cómo decidían los ministros y ministras de la Corte, ya que la actitud legitimadora para el grupo de poder en turno se mantuvo hasta el año 2000, en el que conforme a los estudios empíricos en que se apoyó este estudio, se observó un comportamiento judicial diferente, el cual se caracterizó por una

participación activa en asuntos políticos que se judicializaban, es decir, por una mayor intervención en el ámbito político, lo cual no necesariamente le dio la calidad de árbitro de los conflictos sometidos a su jurisdicción, ya que varios ministros y ministras asumieron una actitud de “juez bipolar”, es decir, adoptaron decisiones con apoyo en visiones legalistas y restringidas del derecho, alejados de su compromiso social y en aras de conservar la posición de poder que ocupaban en la Suprema Corte.

Podemos afirmar que las reformas judiciales constitucionales con las que se reconfigura a la Suprema Corte de Justicia de la Nación no corresponden con el resultado de las decisiones judiciales adoptadas por los ministros y ministras de la Corte, especialmente de aquéllas en materia de protección de derechos humanos, pues lejos de ser mayormente protectoras y garantistas, se han emitido criterios legalistas que ponen en riesgo la consolidación de un Estado Constitucional de Derecho en nuestro país, por ello, retomamos la propuesta de Karina Ansolabehere en el sentido de poner “bajo sospecha” a la Suprema Corte y analizarla a través de las decisiones judiciales que emiten los ministros y ministras para intentar comprender por qué deciden como lo hacen.<sup>213</sup>

---

<sup>213</sup> Ansolabehere, Karina, *La política desde la justicia*, nota 148, p. 42.

## **CAPÍTULO 4. DECISIONES ESTRATÉGICAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS: ¿CUÁL ES SU RUMBO?**

El capítulo anterior evidenció el marco institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el cual constituye el ámbito de actuación de los jueces constitucionales. Ahora, retomando la propuesta analítica de Duncan Kennedy, para quien el derecho es un material moldeable, dúctil, al que el juez intenta darle la forma que estima más adecuada,<sup>214</sup> implementando una serie de estrategias que constituyen una verdadera labor artesanal, dentro de los cuales menciona:

1. Selección de las normas (reglas y principios) que conducen a la solución deseada y descarte de normas que llevan al resultado que se quiere evitar.

2. Uso de precedentes que apoyen la decisión a la que se quiere llegar y marginación de los que tienen efecto contrario.

3. Construcción de argumentos de conveniencia pública que sustenten el fallo que se pretende alcanzar y la refutación de los opuestos.<sup>215</sup>

En este orden de consideraciones, el diseño metodológico que se desarrolla en este capítulo se apoya en el estudio de caso, específicamente del expediente Varios 912/2010 y del expediente Varios 1396/2011, ambos relacionados con el cumplimiento de sentencias condenatorias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los que se abordaron cuestiones relacionadas con la protección de los derechos humanos, el control de convencionalidad, la discusión sobre el fuero militar, entre otros.

Sobre dicho análisis, se tiene presente que el procedimiento formal para la toma de decisiones judiciales en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según Saúl López Noriega,<sup>216</sup> se puede diseccionar en las siguientes etapas:

- a) Ingreso y turno del asunto al ministro ponente;
- b) Audiencias orales de las partes;

---

<sup>214</sup> Kennedy, Duncan, "La controversia política es parte del razonamiento", nota 130, p. 83.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 83-84.

<sup>216</sup> López Noriega, Saúl, *La Suprema Corte y su proceso de decisión: ni transparencia ni calidad deliberativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, p. 38.

- c) Redacción y, eventual difusión del proyecto de sentencia;
- d) Discusión, votación y decisión jurisdiccional del caso;
- e) Redacción y publicación de la sentencia como documento y;
- f) En su caso, publicación de las tesis

Dentro de dicho proceso, regularmente se tiene acceso a la última etapa, es decir, al documento final en el que está plasmada la sentencia, así como a las tesis y criterios que de ella derivan, en este capítulo consideramos necesario abordar la etapa medular del proceso de decisión, que es la relativa a la discusión, votación y decisión del caso, ya que en ella se advierte la calidad deliberativa de los ministros, por tanto, a través del análisis de las versiones taquigráficas de las sesiones públicas del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, observaremos cómo los ministros se posicionaron y construyeron los argumentos que les llevaron a pronunciarse en el expediente Varios 912/2010 y en el expediente Varios 1396/2011, que evidenciaron que aun tratándose de asuntos con una problemática semejante, la decisión jurídica de los ministros de la Suprema Corte se modificó de una sentencia a otra, lo que indica que el proceso de decisión judicial no es una labor mecánica, sino que se trata de proceso complejo en el que inciden factores contextuales (políticos, sociales, culturales, económicos, etc.), institucionales (relativos a las facultades formales de la Corte), así como factores internos de los juzgadores (experiencia, ideología, trayectorias), en los que se observan sus concepciones particulares de justicia y las posiciones estratégicas que asumen.

#### **4.1 Antecedentes y consideraciones de la CoIDH en el caso Radilla Pacheco**

El 23 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la primer sentencia de condena al Estado Mexicano por su responsabilidad internacional en la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco,<sup>217</sup> quien fuera

---

<sup>217</sup> Líder social, nació el 1 de marzo de 1914 en Las Clavellinas, Guerrero, fue campesino y ganadero, gustaba de escribir corridos sobre Lucio Cabañas, Genaro Vázquez o el Partido de los Pobres, trabajó por la salud y educación de su pueblo y se desempeñó como presidente municipal de 1955 a 1956, <http://cmdpdh.org/no-olvidamos/rosendo-radilla-pacheco/>

detenido el 25 de agosto de 1974,<sup>218</sup> en el estado de Guerrero, por integrantes del Ejército Mexicano y trasladado al Cuartel Militar de Atoyac de Álvarez, donde aparentemente sufrió maltrato físico y desde entonces no se conoció su paradero, sus familiares lo buscaron pero no se atrevieron a denunciar inmediatamente la desaparición por miedo a represalias de las autoridades.

En la sentencia de condena, la Corte Interamericana realizó una interpretación amplia para la protección de los derechos al determinar que los actos de desaparición forzada tenían un carácter continuo o permanente,<sup>219</sup> debido a que iniciaban con la privación de la libertad de la persona, continuaban con la falta de información sobre su destino y permanecían en tanto se desconociera el paradero de la víctima y no se esclarecieran los hechos, por tanto, la aplicación de las obligaciones derivadas de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>220</sup> y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas<sup>221</sup> no vulneraba el principio de irretroactividad de la ley porque los efectos de una desaparición forzada permanecían aún después de que entraron en vigor dichas convenciones.

Además, la Corte Interamericana determinó, entre otras cosas, que el Estado Mexicano emprendió acciones sistemáticas de violencia en contra de Rosendo Radilla Pacheco y de varios activistas sociales durante la “guerra sucia”; que no investigó inmediatamente la desaparición forzada de personas; que las investigaciones que realizó vulneraron el derecho de acceso a la justicia por la demora prolongada de las indagaciones, por la falta de diligencia de las actuaciones y por la falta de técnica jurídica al consignar el asunto, pues indebidamente se tipificó el delito de privación

---

<sup>218</sup> Recordemos que el periodo histórico que abarcó la década de los setenta y principios de los ochenta se le conoce como la “Guerra Sucia”, debido a que el Estado Mexicano implementó múltiples prácticas como persecuciones, detenciones arbitrarias, encarcelamiento ilegal, desaparición forzada, detención de familiares y tortura a los opositores al régimen, principalmente activistas políticos y dirigentes sociales, consultado en Mendoza García, Jorge, “La tortura en el marco de la guerra sucia en México: un ejercicio de memoria colectiva”, en *Polis* 2011, vol. 7, número 2, pp. 139, <http://www.scielo.org.mx/pdf/polis/v7n2/v7n2a6.pdf>

<sup>219</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 23.

<sup>220</sup> El senado aprobó la convención el 18 de diciembre de 1980, por lo que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1981, México se adhirió el 24 de marzo de 1981, por lo que en esa fecha entró en vigor en nuestro país, pero fue hasta el 16 de diciembre de 1998 cuando aceptó la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, [https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/muestratratado\\_nva.sre?id\\_tratado=1278&depositario=D](https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/muestratratado_nva.sre?id_tratado=1278&depositario=D)

<sup>221</sup> México firmó esta convención el 4 de mayo de 2001, el senado la aprobó el 10 de diciembre de 2001 y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 18 de enero de 2002, con una fe de erratas publicada el 27 de febrero de 2002, siendo ratificada el 9 de abril de 2002 y entró en vigor en nuestro país el 9 de mayo de 2002, [https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/muestratratado\\_nva.sre?id\\_tratado=531&depositario=](https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/muestratratado_nva.sre?id_tratado=531&depositario=)



ilegal de la libertad en la modalidad de secuestro y no el de desaparición forzada de personas; por tanto, al desconocerse el paradero de la víctima y no haber sancionado a los responsables de las violaciones de derechos humanos, resolvió que se acreditaba la responsabilidad internacional de México y ordenó restablecer a la persona en sus derechos, así como implementar medidas de reparación que beneficiaron a la víctima o víctimas, sino a la sociedad en su conjunto, ligadas al concepto de satisfacción y garantías de no repetición,<sup>222</sup> de manera que se condenó al Estado Mexicano a:

- Conducir eficazmente y con la debida diligencia la investigación y, en su caso, los procesos penales que se encuentren en trámite para determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar las sanciones en un plazo razonable, lo que implica asegurar el pleno acceso de las víctimas en todas las etapas de investigación.
- Continuar con la búsqueda y localización inmediata de Rosendo Radilla Pacheco o de sus restos mortales.
- Realizar una interpretación del artículo 13 constitucional vigente en esa época, conforme a los principios convencionales y constitucionales del debido proceso y acceso a la justicia.
- Que el Poder Judicial ejerza un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana de Derechos Humanos.
- Adoptar las medidas necesarias para compatibilizar la tipificación penal del delito de desaparición forzada con los estándares internacionales.
- Implementar programas o cursos permanentes de capacitación relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en relación con los límites de la jurisdicción penal militar, así como los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial.

---

<sup>222</sup> Las garantías de no repetición tienen efectos generales y pueden llegar a alcanzar niveles “punitivos, ejemplarizantes o disuasivos” al tener por objeto garantizar la no repetición de violaciones a los derechos humanos, en particular, en caso de violaciones graves o sistemáticas, sobre este tema, Cfr. Guevara Bermúdez, José Antonio, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Justicia de Transición”, González Placencia Luis y Morales Sánchez Julieta (coords.), *Derechos Humanos. Actualidad y desafíos*, México, ed. Fontamara, 2012, p. 127.

- Realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del caso que se analiza, en desagravio a la memoria del señor Rosendo Radilla Pacheco, además, en coordinación con las víctimas, colocar una placa conmemorativa de los hechos de su desaparición forzada en la ciudad de Atoyac de Álvarez.
- Publicar una semblanza de la vida del señor Radilla Pacheco, para la preservación de la memoria y satisfacción de las víctimas.
- Brindar atención psicológica y psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas, a las víctimas que así lo soliciten.
- Pagar el daño material e inmaterial y el reintegro de costas y gastos a favor de los familiares de la víctima.

Con esta sentencia, la Corte Interamericana estableció estándares importantes en materia de protección internacional de los derechos humanos, dentro de los cuales cabe mencionar el uso del análisis contextual para comprender el impacto de la responsabilidad internacional de los Estados en la violación de los derechos humanos, ya que permite comprender el contexto en que se dio la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco, esto es, en la “guerra sucia”.

También se establece una protección amplia de derechos porque se protege no solo al titular directo de los derechos, sino que se expande el ámbito de protección a los familiares de la víctima, quienes también sufrieron vulneración de diversos derechos derivados de la desaparición forzosa de Rosendo Radilla Pacheco.

La Corte Interamericana determinó que se vulneró el derecho a la verdad, lo que constituía un trato cruel e inhumano, debido al severo sufrimiento que genera la constante negativa de las autoridades estatales de proporcionar información acerca del paradero de la víctima o de iniciar una investigación eficaz para lograr el esclarecimiento de los hechos. Además, determinó que la reserva de información no puede invocarse en perjuicio de la víctima de un proceso cuando se trata de violaciones graves de derechos fundamentales o delitos de lesa humanidad, por tanto, el acceso a un expediente o la expedición de copias es un requisito indispensable de

la intervención procesal de la víctima en la causa en la que se constituye como parte coadyuvante.

Por otro lado, ante el alegato formulado por México relativo a que el fuero de guerra era competente para conocer de un caso de desaparición forzada cuando el delito se cometía por un militar en servicio,<sup>223</sup> la Corte Interamericana enfatizó que la jurisdicción penal militar sólo tiene un alcance restrictivo y excepcional y está encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares, por tanto, señaló que la justicia ordinaria era la competente para juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos,<sup>224</sup> debido a que los hechos relativos a la desaparición forzada de personas no tenían conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.

#### **4.2 Breve semblanza de los Ministros que integraban la SCJN al momento de resolver este expediente Varios 912/2010**

Cuando los ministros resuelven los casos sometidos a su jurisdicción, interpretan normas constitucionales y ordenamientos legales que individualizan a través de una decisión que está mediada por lo que Angélica Cuéllar denomina como experiencia judicial, es decir, por la formación y la práctica de los jueces, con la que construyen un referente social que forma parte de un horizonte de seguridad jurídica y en la que se incluye la vivencia subjetiva que tienen los jueces de ser jueces, sus valores, que van de la mano con la formación profesional que adquirieron y de la idea misma que tienen del derecho y de la justicia,<sup>225</sup> es por eso que en este apartado se

---

<sup>223</sup> El gobierno de los Estados Unidos Mexicanos al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, formuló reserva al artículo IX, alegando que “la Constitución Política reconoce el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio. El fuero de guerra no constituye jurisdicción especial en el sentido de la Convención, toda vez que conforme al artículo 14 de la Constitución mexicana nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino ante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, OEA, Washington, 2012, p. 115, <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/documentos-basicos-12-spa.pdf>.

<sup>224</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, nota 219, párrafos 272-273.

<sup>225</sup> Cuéllar, Angélica, *La justicia sometida. Análisis sociológico de una sentencia*, México, FCPyS -Miguel Ángel Porrúa, 2000, p. 26.

hará un breve recuento de la formación de los ministros académica de los ministros y su desempeño profesional, que constituyen uno de los factores con el que se construye dicha experiencia judicial.

**1. Juan N. Silva Meza.** Nació en el Distrito Federal (hoy Ciudad de México). Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, donde obtuvo el grado de licenciado en derecho, su carrera profesional la realizó esencialmente dentro del poder judicial, durante más de 33 años, pues se desempeñó como Secretario de Tribunal en el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito (1971-1974), Secretario de Estudio y Cuenta en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1974-1977 y 1984-1986); Juez de Distrito en Materia Penal en el Distrito Federal (1986-1988); Magistrado del Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito, en Oaxaca (1988); Magistrado del Segundo Tribunal Unitario del Primer Circuito en el Distrito Federal (1988-1995).<sup>226</sup>

El 26 de enero de 1995, el Senado lo designó Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con efectos a partir del 1 de febrero de ese año; fungió como Presidente del Alto Tribunal durante el periodo de 2011 a 2014 y el 31 de diciembre de este último año concluyó su encargo.

Dentro de los casos emblemáticos en los que tuvo participación, destacan los siguientes: Presidió la investigación del caso Lydia Cacho<sup>227</sup> demostrando que existieron violaciones graves de los derechos humanos de dicha periodista por parte de las autoridades de Puebla; en el caso de la Guardería ABC, votó por considerar que existía un desorden generalizado en el sistema de guarderías del Instituto Mexicano del Seguro Social y que estuvieron involucrados en la violación grave de derechos fundamentales los funcionarios Juan Molinar Horcasitas y Daniel Karam; voto a favor de la liberación de los líderes de San Salvador Atenco y de los cuarenta y

---

<sup>226</sup> Retomado de la síntesis curricular, publicada en [https://archivos.juridicas.unam.mx/obligaciones-minimas/files/documentos\\_cv/jsilva.pdf](https://archivos.juridicas.unam.mx/obligaciones-minimas/files/documentos_cv/jsilva.pdf)

<sup>227</sup> Lydia Cacho publicó el libro "Los demonios de Edén", en el que denunció redes de pederastia en la que estaban implicados diversos funcionarios públicos, entre ellos, el entonces gobernador de Puebla, así como un reconocido empresario de nombre Kamel Nacif, quien denunció a la periodista por difamación; sin contar con la orden de aprehensión correspondiente, Lydia Cacho fue detenida por elementos de la policía judicial de Puebla en la Cancún. Lo anterior, motivó a que los integrantes de la mesa directiva de la Cámara de Diputados y Senadores presentaran una solicitud a la Suprema Corte de Justicia para que ejerciera su facultad de Investigación a efecto de determinar posibles violaciones graves a los derechos de Lydia Cacho, dicha solicitud fue registrada en el expediente 2/2016, la cual, por resolución mayoritaria de seis votos, determinó que no habían existido violaciones graves a las garantías individuales de Lidya Cacho.

cinco indígenas en la matanza de Acteal; votó por la imprescriptibilidad del genocidio y propuso responsabilizar al expresidente Luis Echeverría y a otros por “*El halconazo*”, sugiriendo que se creara una comisión para conocer la verdad (Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 2/2005-PS); se manifestó a favor de aborto y de los matrimonios entre parejas del mismo sexo, entre otros asuntos.

**2. Margarita Beatriz Luna Ramos.** Nació en Chiapas, licenciada, maestra y doctora en derecho, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (1973 a 1977). En 1975 ingresó como oficial Judicial en el Juzgado Cuatro de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, donde posteriormente se desempeñaría como actuario y secretaria proyectista, fungió como Secretaria Proyectista en diversos Tribunales Colegiados (1979 a 1984), como Secretaria de Estudio y Cuenta en la Suprema Corte (1984 a 1986), como Jueza de Distrito (1986 a 1992), como Magistrada de Circuito (1993 a 2003) y como Consejera de la Judicatura Federal (2003 a 2004).

Fue propuesta por Vicente Fox para ocupar el cargo de Ministra, el 19 de febrero de 2004 fue designada por el Senado de la República en dicho cargo, el cual concluyó el 18 de febrero de 2019.

Dentro de los casos emblemáticos en los que tuvo participación, destacan los siguientes: En caso Lydia Cacho se pronunció por manifestar que no existieron violaciones graves de los derechos humanos de dicha periodista; en el caso de la Guardería ABC, votó por considerar que no existía un desorden generalizado en el sistema de guarderías del Instituto Mexicano del Seguro Social y que tampoco estuvieron involucrados en la violación grave de derechos fundamentales los funcionarios Juan Molinar Horcasitas y Daniel Karam; en materia de aborto, al votar en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 votó por validar la posibilidad de interrumpir el embarazo hasta antes de la semana doce del mismo, apoyándose en un argumento competencial más que de protección de derechos y, posteriormente, en la acción de inconstitucionalidad 11/2009 validó la constitucionalidad de la Constitución de Baja California que protegía la vida desde la concepción, reforzando su postura antiaborto.

**3. José Ramón Cossío Díaz.** Nació en la Ciudad de México, licenciado en derecho, egresado de la Universidad Autónoma de Colima, estudió la Maestría en Derecho Constitucional y Ciencia Política en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España y se graduó como Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Tiene una vasta carrera profesional y académica dentro de la que destaca: Técnico académico (1986 a 1986) e investigador asociado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (1988 a 1989), asesor de la Presidencia de la Comisión de Derechos Humanos en la Cámara de Diputados (1989). Ingresó al Poder Judicial como Secretario Particular con el Ministro Jorge Carpizo (4 de mayo de 1989 al 30 de junio de 1990), se desempeñó como Secretario de Estudio y Cuenta (1990) y como Coordinador de Asesores (1991 a 1994) con el Ministro Ulises Schmill Ordóñez.<sup>228</sup> Además, es Investigador Nacional Nivel III del Sistema Nacional de Investigadores.

Fue propuesto como ministro de la Suprema Corte por el presidente Vicente Fox y designado por el Senado de la República para ocupar dicho cargo de diciembre de 2003 a noviembre de 2018.

Dentro de los casos emblemáticos en los que tuvo participación, se caracterizó por defender una postura de amplia protección a los derechos, lo que caracterizó su gestión por la formulación de votos particulares en aquéllos asuntos en los que no concordaba con el criterio de la mayoría, así como por incluir una visión interdisciplinaria al momento de resolver los asuntos: En el caso Lydia Cacho se pronunció por manifestar que sí existieron violaciones graves de los derechos humanos de la periodista Lydia Cacho; en el caso de la Guardería ABC, votó por considerar que sí existía un desorden generalizado en el sistema de guarderías del Instituto Mexicano del Seguro Social y que estuvieron involucrados en la violación grave de derechos fundamentales los funcionarios Juan Molinar Horcasitas y Daniel Karam; sostuvo que era inconstitucional que la Ley del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas estableciera que se podía dar de baja a los militares con VIH, por lo que concedió diversos amparos en los que se ordenaba la reinstalación de los militares afectados por esa disposición legal; en materia de aborto, siempre se

---

<sup>228</sup> Semblanza curricular, <https://www.scjn.gob.mx/ministra-margarita-beatriz-luna-ramos/experiencia-profesional>

pronunció a favor de la despenalización del mismo; sostuvo que el delito de tortura era imprescriptible, por lo que se ordenó a la Procuraduría General de Justicia de la Ciudad de México investigar actos de tortura cometidos por elementos de la Secretaría de Seguridad Pública en el año 1999.

**4. Olga Sánchez Cordero de García Villegas.** Nació en el Distrito Federal. Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, cursó el posgrado en Política Social y Administración en el University College of Swansea, en Gran Bretaña, es Doctora Honoris Causa por la Universidad Autónoma de Morelos y por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Dentro de su trayectoria profesional destaca lo siguiente: Secretaria de Asuntos Escolares en la Facultad de Derecho de la UNAM (1976-1979), Directora del Seminario de Sociología General y Jurídica por la citada facultad (1980-1984). Primer Notaria Pública mujer (1984-1993) y Magistrada Supernumeraria del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (1993 a 1995).<sup>229</sup>

Fue propuesta para ocupar el cargo por Ernesto Zedillo y designada por el Senado de la República, cargo que asumió el 1 de febrero de 1995 y concluyó en noviembre de 2015.

Aunque se le cataloga como parte del bloque garantista de la Corte, su postura no siempre fue consistente, por ejemplo, en el caso Lydia Cacho se pronunció por manifestar que no existieron violaciones graves de los derechos humanos de la periodista Lydia Cacho; en cambio, en el caso de la Guardería ABC, votó por considerar que sí existía un desorden generalizado en el sistema de guarderías del Instituto Mexicano del Seguro Social y que estuvieron involucrados en la violación grave de derechos fundamentales los funcionarios Juan Molinar Horcasitas y Daniel Karam; se pronunció por considerar como discriminatorio que las parejas del mismo sexo no tengan derecho al matrimonio y mantuvo una postura consistente en favor del aborto.

**5. José Fernando Franco González Salas.** Nació en el Distrito Federal, egresado de la Escuela libre de Derecho, donde obtuvo el título de abogado (1977),

---

<sup>229</sup> Semblanza curricular, [http://www2.scjn.gob.mx/red/SIAIPDPRC/SC/SintesisCurricular\\_Ministra\\_Sanchez\\_Cordero.pdf](http://www2.scjn.gob.mx/red/SIAIPDPRC/SC/SintesisCurricular_Ministra_Sanchez_Cordero.pdf)

realizó estudios en Administración Pública y Ciencias Políticas en la Universidad de Warwick, Reino Unido (1979-1980). Profesionalmente, se advierte un desempeño profesional en diversas áreas, dentro de las que destacan: como: Primer Secretario de Acuerdos del Tribunal para Menores (1972), Asesor de la Jefatura de Relaciones Laborales en el Instituto Mexicano del Seguro Social (1973-1975), Asesor del Coordinador Jurídico del Banco Nacional de Crédito Rural (1975-1976), Secretario General de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje (1976-1979), Secretario Técnico de la Oficialía Mayor de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos (1981-1982), Titular de la Jefatura de Relaciones Laborales en el IMSS (1982-1987), Magistrado Numerario del Tribunal de lo Contencioso Electoral (1987-1988), Subdirector General en la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia (1989-1990), Asesor de la Presidencia de la CNDH (1990), Magistrado Presidente del Tribunal Federal Electoral (1990-1996), Subsecretario de Desarrollo Político en la Secretaría de Gobernación (1996 a 1998), Secretario General de la Cámara de Diputados (1999 a 2000), Subsecretario de Trabajo, Seguridad y Previsión Social de la STPS (2000-2005), entre otros.<sup>230</sup>

Fue propuesto por el presidente Vicente Fox como Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y designado por el Senado para ocupar dicho cargo, con efectos a partir del 12 de diciembre de 2006.

**6. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.** Nació en Querétaro, egresado de la Escuela Libre de Derecho, donde obtuvo el grado de abogado; es Especialista en Derecho Constitucional y Administrativa, Maestro en Derecho y Doctor en Derecho por parte de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesionalmente desempeñó como abogado postulante en materia constitucional (1985 a noviembre de 2009) actividades que compaginó con la vida docente, con excepción de febrero a diciembre de 1995, en que fungió como Coordinador de Asesores del Procurador General de Justicia del Distrito Federal.<sup>231</sup> Fue propuesto por

---

<sup>230</sup> Semblanza consultada en <https://www.scjn.gob.mx/ministro/jose-fernando-franco-gonzalez-salas>

<sup>231</sup> Semblanza consultada en <https://web.archive.org/web/20100331220454/http://www.scjn.gob.mx/Conoce/ConformadaScjn/Ministros/BiografiaMinistros/Documents/CurriculumMinistroZaldivar.pdf>



Felipe Calderón Hinojosa para ocupar el cargo de Ministro y designado por el Senado en dicho cargo el 1 de diciembre de 2009.

Es importante destacar que él mismo se reconoce como un ministro “garantista”, incluso, en la página electrónica de la SCJN puntualiza aquéllos criterios que ha impulsado en su cargo: “asuntos sobre el derecho a la libertad de expresión relacionados con el derecho al honor, a la intimidad y la no discriminación; sobre el derecho a la igualdad y no discriminación, destacan los relacionados con la no discriminación en anuncios de trabajo, los efectos horizontales de los derechos en materia de personas con discapacidad, el modelo social de discapacidad en casos de interdicción, y el desarrollo de principios para determinar responsabilidad de casos de Bullying; sobre el libre desarrollo de la personalidad ha propuesto criterios sobre la inconstitucionalidad de las causales de divorcio o el uso lúdico de la marihuana; respecto de los derechos de los niños, destacan los parámetros para la efectividad de los derechos a ser escuchados y participar en procedimientos judiciales, así como estándares para los procesos sobre menores víctimas de abuso sexual y víctimas de delitos de violación y secuestro; con respecto al derecho al debido proceso, ha propuesto criterios para la efectividad del principio de presunción de inocencia como estándar de prueba, como regla probatoria y como regla de trato; en materia de igualdad de género, destacan criterios sobre la obligatoriedad para todos los jueces y juezas de juzgar con perspectiva de género, el desarrollo de parámetros para la pensión compensatoria y el reconocimiento de la doble jornada, así como la posibilidad del reclamo de una indemnización moral por violencia doméstica; asimismo, destaca la sentencia sobre regulación de publicidad oficial y procedencia del amparo contra omisiones legislativas.”<sup>232</sup>

**7. Luis María Aguilar Morales.** Nació en el Distrito Federal, obtuvo el título de licenciado en derecho por parte de la Universidad Nacional Autónoma de México. Dentro de su trayectoria profesional se desempeñó como abogado postulante (1971 a 1975), Asesor de la Dirección Jurídica de la UNAM (1978), Asesor Jurídico de la Dirección Jurídica de la Secretaría de la Reforma Agraria (1978). Ingresó al Poder Judicial de la Federación como taquimecanógrafo (1968) y luego desempeñó cargos

---

<sup>232</sup> Consultado en <https://www.scjn.gob.mx/ministro/arturo-zaldivar-lelo-de-larrea>

como Secretario de Juzgado (1975), Secretario de Tribunal Colegiado (1975-1978) y Secretario de Estudio y Cuenta (1978 a 1980), por designación fungió como Juez de Distrito (1980 a 1985) y Magistrado de Circuito (1985 a 1995 y de 1999 a 2004), también se desempeñó como Secretario General de la Presidencia y Oficial Mayor (1995 a 1999), Secretario General de Comunicación y Difusión de la SCJN (1999) y Consejero de la Judicatura Federal (2004 a 2009).<sup>233</sup>

Fue propuesto por Felipe Calderón Hinojosa para ocupar el cargo como Ministro en la SCJN y designado por el Senado, ocupando dicho encargo a partir del 1 de diciembre de 2009.

**8. Jorge Mario Pardo Rebolledo.** Nació en Veracruz, Licenciado en derecho por la Escuela Libre de Derecho (1979 a 1984), Maestro en Derecho de Amparo por el Instituto de Ciencias Jurídicas de Estudios Superiores, Máster en Derecho Civil y Familiar por la Universidad de Barcelona, España y Doctor en Ciencias Penales por el Instituto de Ciencias Jurídicas de Estudios Superiores. Dentro del Poder Judicial de la Federación ha sido actuario judicial, Secretario de Juzgado, Secretario de Estudio y Cuenta, Juez de Distrito y Magistrado de Circuito.<sup>234</sup>

Fue propuesto por Felipe Calderón Hinojosa para Ministro y designado por el Senado para ocupar dicho cargo a partir del 10 de febrero de 2011. Dentro de los asuntos en los que ha tenido intervención, destaca su voto en contra para otorgar el amparo<sup>235</sup> a cuatro personas que solicitaban permiso para sembrar y cultivar marihuana con fines lúdicos de autoconsumo.

**9. Sergio Salvador Aguirre Anguiano.** Nació en Jalisco, licenciado en derecho por la Universidad Autónoma de Guadalajara. Profesionalmente fue Notario (1974 a 1995), regidor del Ayuntamiento de Guadalajara, postulado por el Partido Acción Nacional (1985-1986).

---

<sup>233</sup> Semblanza consultada en <https://www.scjn.gob.mx/ministro/luis-maria-aguilar-morales>

<sup>234</sup> Semblanza consultada en <https://www.scjn.gob.mx/ministro/jorge-mario-pardo-rebolledo>

<sup>235</sup> Amparo en Revisión 237/2014 resuelto el 4 de noviembre de 2015, en el que Jorge Mario Pardo Rebolledo formuló voto particular al pronunciarse en contra de otorgar el amparo solicitado por los quejosos, al considerar que “el presupuesto necesario para garantizar el consumo de marihuana, conlleva la comisión de un delito por parte de quienes vendan, suministren o entreguen por cualquier medio dicha droga o su semilla a quien la consumirá; la posible comisión de delitos por parte de los propios quejosos al recibir la droga o la semilla necesaria para su siembra y cosecha, e incluso, la eventual comisión de ilícitos diversos por parte de la autoridad que deba dar cumplimiento a la ejecutoria de amparo”, consultado en [http://www2.juridicas.unam.mx/marihuana-caso-mexico/wp-content/uploads/2016/02/Voto\\_-Jorge-Mario-Pardo-Rebolledo.pdf](http://www2.juridicas.unam.mx/marihuana-caso-mexico/wp-content/uploads/2016/02/Voto_-Jorge-Mario-Pardo-Rebolledo.pdf)

Propuesto por Ernesto Zedillo para ocupar el cargo de Ministro, fue designado por el Senado el 26 de enero de 1994 y concluyó su encargo el 30 de noviembre de 2012. Se caracterizó por mantener una postura conservadora dentro de la Corte, lo que se evidenció en asuntos en los que votó en contra, tales como la acción de inconstitucionalidad 146/2007 que despenalizaba el aborto, así como el amparo en revisión 307/2007 en el que se protegió a militares que fueron dados de baja por tener VIH; asimismo, votó en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo (acción de inconstitucionalidad 2/2010).

**10. Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.** Nació en Veracruz, licenciado en Derecho por la Facultad de Leyes de la Universidad Veracruzana. Profesionally, fue Actuario, Secretario de Juzgado, Secretario de Estudio y Cuenta, Juez de Distrito, Magistrado de Circuito, Magistrado de la Sala de Segunda Instancia del Tribunal Federal Electoral.<sup>236</sup>

Propuesto por Ernesto Zedillo para formar parte de la Corte, el 27 de enero de 1995 fue designado por el Senado para ocupar dicho cargo, el cual concluyó el 30 de noviembre de 2012. Dentro de los asuntos relevantes en los que participó, destaca su voto en contra de la denominada “ley Robles”, que despenalizaba el aborto cuando el feto presentara malformaciones bajo el argumento de que la Constitución protege la vida de los seres humanos desde la fecundación; respaldó el veto de Vicente Fox al Presupuesto de Egresos 2005 demostrando así la subordinación hacia el Ejecutivo y vulnerando las facultades exclusivas de la cámara de diputados para determinar el contenido del gasto público; avaló que una persona, tanto en México como en el extranjero puede ser condenada a cadena perpetua; se manifestó en contra de que la Auditoría Superior de la Federación averiguara las irregularidades cometidas en el rescate de Fobaproa y en el caso de la periodista Lydia Cacho los presuntos abusos por parte de las autoridades de Puebla no ameritaban una investigación del máximo tribunal del país, por tanto, voto en contra de pronunciarse por la existencia de violaciones graves a las garantías individuales en la detención de la periodista, entre otros.

---

<sup>236</sup> Curriculum consultado en <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Transparencia/19/GuillermoOrtiz.pdf>

**11. Sergio Armando Valls Hernández.** Nació en Chiapas, licenciado en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, realizó estudios de especialización en impuestos, inversión extranjera, Ley Federal del Trabajo, Ley de Amparo y Ley del Seguro Social y cursó el Diplomado en Historia Contemporánea de Méico en la Universidad Iberoamericana. Profesionalmente, se desempeñó como Agente del Ministerio Público, Abogado de la División Jurídica Corporativa de Bancomer, Director General de Asuntos Jurídicos y de Legislación de la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, Jefe de Departamento Legal del INFONAVIT, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, fungió como Director Jurídico del Instituto Mexicano del Seguro Social, Diputado Federal en la LIII Legislatura por parte del Partido Revolucionario Institucional, Consejero de la Judicatura Federal, entre otros.

Vicente Fox Quezada lo propuso para ocupar el cargo de Ministro en la SCJN y fue designado por el senado en octubre de 2004. Dentro de los casos con los que se puede advertir el posicionamiento ideológico que mantuvo se encuentran los siguientes: en los casos Lydia Cacho y Atenco, en conjunto con el ministro Sergio Aguirre Anguiano, propusieron limitar a la Suprema Corte para que en la facultad de investigación por violación grave de derechos no se recomendara ningún castigo ni se señalara a los responsables de las violaciones de derechos humanos; votó a favor de la despenalización del aborto; se pronunció por reconocer el matrimonio de las personas del mismo sexo en la Ciudad de México, entre otros.

Esta breve reseña de la semblanza curricular de los Ministros de la Suprema Corte, así como el sentido de los asuntos en los que han participado, resulta importante para efectos de nuestro análisis ya que consideramos que, impacta en la forma en cómo deciden. La formación académica evidencia la concepción que tienen del derecho, particularmente, la forma en cómo argumentan al momento de participar en las sesiones públicas y al elaborar sus proyectos de sentencia; y su desempeño profesional evidencia los intereses y ámbitos en los que se desarrollaron, ya sea académicos, públicos o privados.

En esta semblanza se hizo alusión al presidente que designó a cada uno de los ministros lo que, en principio, podría relevar un vínculo político; sin embargo, aunque

es un factor que no debe perderse de vista, resulta de mayor trascendencia tratar de identificar la ideología judicial a la que se alinean los ministros, ya sea interpretativista o legalista.

#### **4.3 Análisis de caso: Expediente Varios 912/2010 relativo a la consulta sobre el seguimiento al cumplimiento del Caso Rosendo Radilla**

Las medidas ordenadas por la Corte Interamericana en el caso Rosendo Radilla obligaron a las autoridades mexicanas a establecer criterios y acciones para dar cumplimiento debido a la sentencia, es por ello que el 26 de mayo de 2010, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por conducto del entonces Ministro Presidente Guillermo Ortiz Mayagoitia, solicitó al Pleno discutir y determinar el trámite que se debía realizar para cumplir con dicha sentencia, toda vez que en ella se emitieron diversos pronunciamientos que implicaban al Poder Judicial, pero no se ordenaba notificarle el cumplimiento de alguna obligación.

La petición del entonces Ministro Presidente fue admitida a trámite en el expediente Varios 489/2010 y turnada al Ministro José Ramón Cossío Díaz, quien propuso al Pleno declarar procedente la consulta y atender las obligaciones que derivaban de sentencia Radilla Pacheco.

El proyecto se analizó en el Pleno, bajo una discusión dividida, pues los Ministros Sergio Aguirre Anguiano<sup>237</sup> y Luis María Aguilar Morales<sup>238</sup> se opusieron desde el inicio a que la Suprema Corte revisara si había obligaciones al Poder Judicial, además, el propio Sergio Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales, junto con los Ministros Margarita Luna Ramos, Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Gudiño Pelayo, Sergio Valls Hernández y Ortiz Mayagoitia se pronunciaron por

---

<sup>237</sup> En sesión de 31 de agosto de 2010, el Ministro Sergio Aguirre Anguiano se opuso a la propuesta del Ministro Cossío, por cuestiones formales, al considerar que no se había realizado notificación alguna al Poder Judicial de la Federación, que no podía iniciarse la consulta con una fotocopia de la sentencia y que, en todo caso, su publicación en el Diario Oficial de la Federación no era suficiente para vincular al Poder Judicial, incluso, afirmó “nada tiene que ver con la Suprema Corte esa sentencia”, Cfr. Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 31 de agosto de 2010, pp. 10-15, consultado en [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-10-28/ago14\\_0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-10-28/ago14_0.pdf).

<sup>238</sup> En sesión de 31 de agosto de 2010, el Ministro Luis María Aguilar coincidió que no había vinculación de la sentencia al Poder Judicial, máxime la falta de notificación a este último, p. 19, consultado en [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-10-28/ago14\\_0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-10-28/ago14_0.pdf)

desechar el proyecto presentado por el Ministro José Ramón Cossío Díaz, por considerar que su contenido excedía el motivo de la consulta, es decir, pronunciarse sobre si debía dar trámite a la solicitud, ya que emitía un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, es decir, sobre las obligaciones concretas a cargo del Poder Judicial y la forma de instrumentarlas,<sup>239</sup> por tanto, el 7 de septiembre de 2010, se ordenó retornar el asunto a la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, para que elaborara un nuevo proyecto, además, se resolvió el asunto varios 489/2010, en el sentido de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación debía emitir una declaración acerca de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución del Caso Radilla Pacheco y definir las obligaciones concretas a su cargo, así como la forma de instrumentarlas.

En cumplimiento de lo ordenado en el expediente Varios 489/2010 se integró el expediente Varios 912/2010, en el que se analizaron, entre otros, los siguientes temas:

1. En el reconocimiento de la competencia contenciosa de la CoIDH y la determinación del carácter de su jurisprudencia, se analizó bajo los siguientes supuestos:

a) Determinar si la SCJN podía pronunciarse sobre las excepciones o reservas realizadas por el Estado Mexicano, en relación con la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, derivada de la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Sobre este tema, la Ministra Margarita Luna Ramos sostuvo que que la Suprema Corte, al ser un Tribunal Constitucional, debía pronunciarse sobre las reservas, debido a que si derivado del cumplimiento exigido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se advertía una situación contraria a la Constitución, ello debía informarse al representante del Estado Mexicano para realizar la denuncia correspondiente.<sup>240</sup> El Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano aseveró

---

<sup>239</sup> Estos argumentos se expusieron en las sesiones públicas de 2, 6 y 7 de septiembre de 2010, en esta última, especialmente se votó que el proyecto excedía el motivo de la consulta. Cfr. Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 7 de septiembre de 2010, pp. 53-54, consultada en [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-10-28/sep3\\_0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-10-28/sep3_0.pdf).

<sup>240</sup> Cfr. Voto particular que formula la señora Ministra Beatriz Luna Ramos en el Expediente Varios 912/2010. Resuelto por el Tribunal Pleno en sesión dictada el 14 de julio de 2011, p. 4.

que era necesario analizar la procedencia de las reservas, debido a que el Estado Mexicano las había formulado tanto al adherirse a la Convención Americana sobre Derechos Humanos como a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por lo que la Corte Interamericana estaba obligada a respetar esas reservas, lo que en el caso específico, el citado Ministro consideraba que no aconteció<sup>241</sup> y, en este sentido, el Ministro Luis María Aguilar Morales sostuvo, como argumento toral de su posicionamiento, que “la sentencia de la Corte Interamericana debió ceñirse a la reparación individualizada de una persona en particular y no emitir un pronunciamiento general hacia el futuro, pues ello conlleva el riesgo que sea la Corte Interamericana la que dicte la política pública del Estado Mexicano,<sup>242</sup> en ese tenor, votó contra de la negativa de analizar las reservas realizadas por el Estado Mexicano a las referidas convenciones internacionales.

Contrario a dichas consideraciones, el Ministro José Ramón Cossío Díaz afirmó que la SCJN no podía cuestionar la competencia de un Tribunal Internacional cuando voluntariamente el Estado Mexicano había decidido someterse a su jurisdicción,<sup>243</sup> lo que impedía analizar las reservas o excepciones. Arturo Zaldívar Lelo de la Larrea también señaló que la SCJN no podría analizar las reservas, ni tampoco si estaba bien o mal dictada la sentencia, porque se trataba del cumplimiento de una sentencia, por tanto, era cosa juzgada,<sup>244</sup> es decir, en palabras de la Ministra Olga Sánchez Cordero, “solamente tenemos que acatar y reconocer la sentencia,<sup>245</sup> argumentos que compartieron José Fernando Franco González Salas, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Sergio Armando Valls Hernández, Guillermo Ortiz Mayagoitia<sup>246</sup> y Juan N. Silva Meza.

---

<sup>241</sup> “La extralimitación se produce cuando el tribunal omite considerar el contenido de las reservas o declaraciones interpretativas que un Estado realizó o rebasa las facultades que le son concedidas en su estatuto. Y, sobre la base de estos supuestos de extralimitación, pretende ejercer el control de convencionalidad entre el derecho interno de los Estados y el tratado o convención sobre el que se demanda la responsabilidad internacional del Estado, ordenando a los jueces nacionales a interpretar el tratado o convención en los términos violatorios que lo ha hecho. Cfr. Voto particular que formula el Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano en el expediente Varios 912/2010, pp. 11-12.

<sup>242</sup> Versión taquigráfica de la sesión pública del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 5 de julio de 2011, p. 25-26, [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-11-03/05072011POSN\\_0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-11-03/05072011POSN_0.pdf)

<sup>243</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 5-6

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>246</sup> No corresponde a la SCJN pronunciarse sobre la actualización de las reservas hechas por el estado mexicano “el Estado Mexicano ya la aceptó y ya hizo declaraciones de que se atenderá, nos toca una porción de la responsabilidad de cumplimiento”, *Ibidem*, p. 28.

b) Determinar si las sentencias condenatorias de la CoIDH resultaban obligatorias para el Poder Judicial de la Federación.

En este tema, la votación fue unánime en la sesión de 5 de julio de 2011, para considerar que las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana resultaban obligatorias; sin embargo, cuatro Ministros manifestaron salvedades a esta votación: Margarita Luna Ramos al precisar que sólo en el caso concreto eran obligatorias; Franco González Salas votó a favor, señalando que ello sucedía siempre que el Tribunal Constitucional considerara que no se violentaba algún precepto constitucional; Aguirre Anguiano refirió que eran obligatorias pero condicionalmente, es decir, ello dependía de la organización política interna del Estado responsable y de los mecanismos de ejecución establecidos en su ordenamiento jurídico; y Aguilar Morales puntualizó que eran obligatorias pero estaban condicionadas al Pacto que le da origen y a la supremacía constitucional.<sup>247</sup>

c) Determinar si los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la CoIDH para el Poder Judicial de la Federación eran vinculantes u orientadores.

Quienes se pronunciaron por el carácter orientador de los criterios interpretativos de la CoIDH fueron: Aguirre Anguiano, quien señaló que como cualquier doctrina puede ser consultada y servir de orientación o no por razón de la disposición del artículo 68 que dice que las partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes;<sup>248</sup> Margarita Luna Ramos, quien afirmó que “si nosotros vemos el Estatuto de la Corte y su Reglamento y los dos Tratados, tanto el de la Convención Interamericana de Derechos Humanos como el de Desaparición Forzada de Personas, en ninguno de ellos se dice que la jurisprudencia que establezca el Tribunal adquiere el carácter de obligatorio, yo creo que es orientadora”,<sup>249</sup> con esas mismas consideraciones los ministros Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar y Ortiz Mayagoitia votaron por el carácter orientador de la jurisprudencia internacional.

En cambio, José Ramón Cossío Díaz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y Sergio Armando Valls

---

<sup>247</sup> *Ibidem*, pp. 44-45.

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>249</sup> *Ibidem*, p. 40.



Hernández sostuvieron que la jurisprudencia internacional tenía carácter vinculatorio y, por tanto, resultaba obligatoria para el Estado Mexicano, de las intervenciones esgrimidas, vale la pena puntualizar lo que refirió el Ministro citado en último término: “considero que no debe limitarse la obligatoriedad de los criterios interpretativos emitidos por la Corte Interamericana a los casos contenciosos en los que el Estado Mexicano sea parte, sino que debe extenderse a todos aquéllos de que conozca, independiente de que nuestro país sea parte o no, en ejercicio de su competencia consultiva y contenciosa”.<sup>250</sup>

Las votaciones se pueden representar esquemáticamente de la siguiente forma:

<b>1. Reconocimiento de la competencia contenciosa de la CoIDH y de sus criterios vinculantes y orientadores</b>	
<b>1.1. Frente a sentencias condenatorias de la CoIDH, la SCJN no puede analizar excepciones o reservas realizadas por el Estado Mexicano, para el cumplimiento de la jurisdicción contenciosa al adherirse a la Convención Americana de Derechos Humanos y a la Convención Interamericana sobre Desaparación Forzada de Personas</b>	
A favor	En contra
<ul style="list-style-type: none"> <li>• José Ramón Cossío Díaz</li> <li>• José Fernando Franco González Salas</li> <li>• Arturo Zaldívar Lelo de Larrea</li> <li>• Jorge Mario Pardo Rebolledo</li> <li>• Sergio Armando Valls Hernández</li> <li>• Olga Sánchez Cordero de García Villegas</li> <li>• Guillermo I. Ortiz Mayagoitia</li> <li>• Juan N. Silva Meza</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sergio Salvador Aguirre Anguiano</li> <li>• Margarita Luna Ramos</li> <li>• Luis María Aguilar Morales</li> </ul>
<b>1.2 Las sentencias condenatorias de la CoIDH son obligatorias para el Poder Judicial de la Federación en sus términos</b>	
Unanimidad de 11 votos, con cuatro salvedades de los Ministros Margarita Luna Ramos, Franco González Salas, Aguirre Anguiano y Aguilar Morales	
<b>1.3 Obligatoriedad de los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la CoIDH para el Poder Judicial de la Federación</b>	

<sup>250</sup> Versión taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 7 de julio de 2011, p. 14, [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-11-03/07072011PO08SN\\_0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-11-03/07072011PO08SN_0.pdf)

<b>1. Reconocimiento de la competencia contenciosa de la CoIDH y de sus criterios vinculantes y orientadores</b>	
<b>Orientador</b>	<b>Vinculante</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sergio Salvador Aguirre Anguiano</li> <li>• Margarita Luna Ramos</li> <li>• José Fernando Franco González Salas</li> <li>• Jorge Mario Pardo Rebolledo</li> <li>• Luis María Aguilar Morales</li> <li>• Guillermo I. Ortiz Mayagoitia</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• José Ramón Cossío Díaz</li> <li>• Arturo Zaldívar Lelo de Larrea</li> <li>• Sergio Armando Valls Hernández</li> <li>• Olga Sánchez Cordero de García Villegas</li> <li>• Juan N. Silva Meza</li> </ul>

2. Cuando se abordó el tema de las obligaciones concretas que debía llevar a cabo el Poder Judicial, específicamente, la Suprema Corte de Justicia para dar cumplimiento a la sentencia condenatoria de la CoIDH, el único ministro que votó en contra de delinear obligaciones concretas fue Luis María Aguilar Morales, quien señaló “he sostenido reiteradamente en este asunto, toda obligación que no esté dirigida a la legal y justa reparación de violaciones de los derechos de ... es contraria, por excesiva a lo dispuesto por el propio Pacto de San José (...) no puedo conceder que con motivo de cualquier pacto, convenio o tratado internacional México pierda su soberanía y relegue a la Constitución de la República a un segundo plano, ya que aceptar resoluciones más allá de la forma y términos de los compromisos adoptados, es correr el riesgo de que se tomen decisiones ajenas o francamente contrarias a las del pueblo de México”,<sup>251</sup> lo que lejos de buscar la protección máxima de los derechos, evidencia el uso de una razón política, la protección de la soberanía, para negarse a reconocer obligaciones concretas de la SCJN a fin de dar cumplimiento a una sentencia en materia de derechos humanos.

En cambio, con sus matices, el resto de los Ministros sostuvieron que de la sentencia se derivaban obligaciones concretas que el Poder Judicial debía atender para dar cumplimiento cabal a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por tanto, las votaciones se pueden observar en siguiente cuadro:

---

<sup>251</sup> *Ibidem*, pp. 24-25.

Tema: Obligaciones concretas que debe realizar el Poder Judicial	
A favor	En contra
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Juan N. Silva Meza (Presidente de la SCJN)</li> <li>• Margarita Beatriz Luna Ramos</li> <li>• José Ramón Cossío Díaz</li> <li>• Olga Sánchez Cordero de García Villegas</li> <li>• José Fernando Franco González Salas</li> <li>• Arturo Zaldívar Lelo de Larrea</li> <li>• Jorge Mario Pardo Rebolledo</li> <li>• Sergio Salvador Aguirre Anguiano</li> <li>• Guillermo I. Ortiz Mayagoitia</li> <li>• Sergio Armando Valls Hernández</li> </ul>	<p>Luis María Aguilar Morales</p>

3. En relación al control de convencionalidad *ex officio* instruido por la CoIDH, la discusión abordó diversos aspectos, de los cuales, retomamos los argumentos que consideramos relevantes para entender el posicionamiento general de los ministros:

Luis María Aguilar Morales, de manera contundente, se manifestó en contra del control difuso de constitucional “estoy de acuerdo en que los jueces puedan hacer una confronta en una especie de análisis de legalidad más que de constitucionalidad entre la norma que ahora es una norma reconocida por nuestra Constitución como una norma interna mexicana la contenida en un pacto o en una convención específica y la norma nacional que estableciendo un supuesto jurídico aplicable al caso concreto resulte desde luego de mayor jerarquía y por lo tanto tenga que aplicarse para resolver el caso concreto (...) En este sentido, me pronunciaré, no por un control difuso de constitucionalidad sino por un control de convencionalidad en un aspecto de aplicación de la norma “ (53) en donde se aplica la norma con mayor jerarquía, es decir, la convencional.

Sergio Salvador Aguirre Anguiano calificó a la CoIDH como “activista” al “dividir la representación del Estado Mexicano refiriéndose y dirigiéndose a sus tres Poderes, esto no lo podía ni debía hacer”.<sup>252</sup> Además, refirió que parecía que la Corte se encontraba ante el “activismo administrativo más grande que pueda haber, pero como

---

<sup>252</sup> *Ibidem*, p. 36

tenemos nueva Constitución en algunos de sus pasajes ¡ah! pues qué oportunidad más brillante de hacer una mixtura,<sup>253</sup> comentario que realizaba en razón de considerar que los ministros excedían los alcances que dictaba la propia sentencia y “confirmaría una actuación fuera de las competencias de este Ato Tribunal que está también regido en sus competencias por la Constitución; llevándolo según mi parecer, desde luego y con todo respeto a un activismo desmedido e impropio.”<sup>254</sup>

Por su parte, Margarita Luna Ramos cuestionó ¿Un juez ordinario tiene competencia para declarar la inaplicación de un artículo porque es contraria a la Constitución? “no la tiene, eso es exclusivo del Poder Judicial Federal y de las autoridades judiciales y es muy diferente si estamos en presencia de control de regularidad constitucional el determinar que prevalezca una norma de mayor jerarquía, ¿por qué? porque la norma general está por encima de la norma especial, pero en situación de qué, en situación de que estamos en control de regularidad constitucional, pero la pregunta es ¿Esto se puede hacer en un procedimiento ordinario? Mi pregunta es ¿Un juez ordinario va a decir: Dejo de cumplir esta sentencia porque es contraria a la Constitución? Nada más piensen como desquiciaríamos al sistema jurídico”<sup>255</sup>, no obstante, en las votaciones dicha Ministra se pronunció por realizar un control de convencionalidad debido a que era una obligación mandatada por la CoIDH.

El ministro José Ramón Cossío Díaz, en la sesión de 7 de julio de 2011 afirmó “no creo que los únicos que pueden hacer este control de regularidad –insisto– de parte considerativa o desaplicatoria, somos única y exclusivamente los órganos jurisdiccionales federales, sino también los órganos jurisdiccionales locales en este sentido; y adicionalmente a eso, sí creo que recae sobre todos los órganos del Estado, la necesidad de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, creo que ésta es para mí la manera en la que se tendría que armonizar el sistema”.<sup>256</sup>

---

<sup>253</sup> *Ibidem*, p. 58

<sup>254</sup> Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 11 de julio de 2011, p. 15, [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-11-03/11072011PO1201sn\\_0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-11-03/11072011PO1201sn_0.pdf)

<sup>255</sup> Versión taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 7 de julio de 2011, nota 249, p. 62.

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 38-39.

Criterio que compartió plenamente la ministra Olga Sánchez Cordero, quien agregó que se debía tener en cuenta el nuevo marco constitucional en materia de derechos humanos, específicamente, la obligación de todas las autoridades para que en el ámbito de sus respectivas competencias promuevan, respeten, protejan y garanticen los derechos humanos, de conformidad con los principios –como lo establecen en nuestra Constitución– de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad,<sup>257</sup> lo que sin duda implica la mayor protección a los derechos, en tanto que permite realizar ese control de convencionalidad por quienes realizan funciones jurisdiccionales, incluso, por parte de todos los órganos del Estado.

Resulta interesante el posicionamiento de Ortiz Mayagoitia, quien manifestó que dicha obligación debía entenderse en el marco del contenido del artículo 1 constitucional, “acercamos a los jueces de toda la República a la interpretación directa de la Constitución en sus propias resoluciones, por principio de primacía y también a la obligación de atender a la Convención Interamericana de Derechos Humanos como ley interna de aplicación preferente, por principio de primacía.”<sup>258</sup>

A pesar de haber votado a favor, el Ministro Pardo Rebolledo refirió “para mí, este párrafo, como muchos otros que se contienen en la misma, trata de una consideración argumentativa que precisamente lleva a la conclusión a la que llegó la Corte Interamericana en este caso, pero no considero que de este párrafo podamos advertir una condena para esta Suprema Corte de Justicia de la Nación que conlleve la obligación de hacer pronunciamientos genéricos y anticipados sobre temas que no han sido puestos a nuestra consideración en algún caso concreto.”<sup>259</sup>

De manera rotunda, Zaldívar Lelo de Larrea se pronunció a favor del control de convencionalidad y enfatizó “el control difuso no viene a distorsionar el sistema jurídico y de control de irregularidad, lo que lo distorsionó fue un supuesto mal entendido monopolio, no sólo del Poder Judicial de la Federación, sino en el momento en que se puso esta jurisprudencia del juicio de amparo; entonces parecía que lo único que se podía hacer era el juicio de amparo, y fuera del juicio de amparo no había nada, pero esto no es lo que dice la Constitución, y hay otros sistemas jurídicos con un texto muy

---

<sup>257</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>258</sup> Ibidem, p. 42

<sup>259</sup> Ibidem, p.46.

similar, casi idéntico, que han desarrollado desde hace mucho tiempo este control difuso de la constitucionalidad.<sup>260</sup>

También Valls Hernández señaló que “todos los jueces del país están obligados a interpretar estas normas Conforme a la Constitución y conforme a los tratados internacionales de derechos humanos, lo que como ya señalé, comprende la interpretación que sobre los mismos emitan los órganos especializados a los que se refiere dicha atribución en los mismos tratados (...) y por último, quiero decir simplemente, suponiendo sin conceder que viniera una etapa de descontrol a través de este control de convencionalidad temporal, el descontrol obviamente, me parece que una razón práctica, nunca puede estar por encima de una razón de protección de derechos humanos, será responsabilidad de todos”<sup>261</sup>

Contrariamente al sentido de sus anteriores votaciones sobre este expediente, Franco Gonzáles señaló “se trata de que las autoridades en el ámbito de su competencia dejen de aplicar una norma por considerarla contraria a la Constitución o a un tratado internacional, esto como lo enunciaba el Ministro Ortiz, creo que cabe perfectamente dentro de lo que él planteaba, recogiendo el pensamiento de nuestro amigo el Ministro Gudiño Pelayo. En lo personal, no creo que la definición que hagamos pueda llegar al extremo en ningún caso, de que otros órganos a los que la Constitución no les da expresamente esa facultad, puedan declarar inconstitucional una norma, pero sí que la inapliquen.”<sup>262</sup>

Juan Silva Meza argumentó su razonamiento en el sentido de señalar que “actuar como jueces convencionales no significa –como ya lo han dicho aquí algunos de los señores Ministros- actuar como legisladores negativos, ni implica atribuir a los jueces del Estado poderes de control constitucional que nuestra Constitución reserva a los juzgadores federales; reconocer el carácter de jueces convencionales a los jueces del Estado con independencia del orden jurídico en el que operan o de la materia específica en que son competentes, implica reconocer en ellos un deber de dictar sus resoluciones con pleno respeto a los derechos humanos previstos ya sea en

---

<sup>260</sup> Ibidem. pp. 51-53.

<sup>261</sup> Ibidem, p. 55.

<sup>262</sup> Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 11 de julio de 2011, nota 253, p. 7.

la ley nacional o en la internacional, implica que en caso de que adviertan que una ley nacional no se ajusta al nuevo marco derivado del artículo 1º constitucional de pleno respecto a los derechos humanos la interpreten o inclusive la inapliquen”,<sup>263</sup> con lo anterior, Silva Meza rechaza el calificativo de “legisladores negativos” para anteponer su labor como juez constitucional en la protección de los derechos.

En este aspecto, el ministro Valls Hernández coincidió en señalar que “todos los jueces del país están obligados a ejercer un control de convencionalidad en el que analicen la compatibilidad de una determinada norma frente a lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos, y la interpretación que sobre los mismos emitan los órganos especializados a los que se confiere dicha atribución; y de estimarla contraria a los mismos, inaplicarla al caso concreto de que se trate”.<sup>264</sup>

Esquemáticamente, las votaciones se realizaron de la siguiente manera:

<b>Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de la constitucionalidad</b>	
El Poder Judicial de la Federación debe ejercer un control de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.	
A favor	En contra
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Cossío</li> <li>• Franco González Salas</li> <li>• Zaldivar Lelo de Larrea</li> <li>• Valls</li> <li>• Sánchez Cordero</li> <li>• Ortiz Mayagoitia</li> <li>• Silva</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Aguirre</li> <li>• Pardo</li> <li>• Aguilar</li> </ul>
El control de convencionalidad debe ejercerse por todos los jueces del Estado Mexicano.	
A favor	En contra
<ul style="list-style-type: none"> <li>○ Cossío Díaz</li> <li>○ Franco González Salas</li> <li>○ Zaldivar Lelo de Larrea</li> <li>○ Valls Hernández</li> <li>○ Sánchez Cordero</li> <li>○ Ortiz Mayagoitia</li> <li>○ Silva Meza</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Aguirre Anguiano</li> <li>• Pardo Rebolledo</li> <li>• Aguilar Morales</li> </ul>

<sup>263</sup> *Ibidem*, p. 50-51.

<sup>264</sup> *Ibidem*, p. 4.

<b>Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de la constitucionalidad</b>	
El modelo de control de convencionalidad y constitucionalidad que debe adoptarse consiste en que:	
a) Los jueces del Poder Judicial de la Federación pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos;	
b) Los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones	
c) Las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar los derechos humanos de la manera que más favorezcan a la persona, sin que estén facultadas para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos.	
A favor	En contra
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Cossío</li> <li>• Franco</li> <li>• Zaldivar</li> <li>• Valls</li> <li>• Sánchez Cordero</li> <li>• Ortiz</li> <li>• Silva</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Aguirre</li> <li>• Pardo</li> <li>• Aguilar</li> </ul>

4. En relación con el fuero militar, se determinó que de la sentencia condenatoria se desprendían obligaciones para los jueces del Estado Mexicano, particularmente al ejercer el control de convencionalidad que se ha reconocido como obligatorio, lo que implicaba que en los casos futuros se debía tomar en cuenta la restricción del fuero militar y que para la efectivamente en el cumplimiento de la sentencia y la Suprema Corte debía reasumir su competencia originario en los casos en que estaba en colisión el fuero militar y el ordinario, temas de los que se obtuvo votación por unanimidad, no obstante, vale la pena destacar que dentro de las intervenciones, el ministro Aguirre Anguiano, con un lenguaje sumamente coloquial, preguntó sobre este tema “¿Qué vela tenemos en este entierro? Es una orden al Legislativo de producir un cambio al artículo 57 del Código de Justicia Militar, conforme a lo que el Tribunal llama jurisprudencia de esta Corte. Y nosotros ¿Qué estamos haciendo? Metiéndonos en lo que no nos incumbe, por eso estoy en contra del proyecto.”<sup>265</sup>

<sup>265</sup> Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 12 de julio de 2011, p. 14, [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-11-03/12072011PO13SN\\_0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-11-03/12072011PO13SN_0.pdf)



5. Respecto a las medidas administrativas derivadas de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco que debía implementar el Poder Judicial de la Federación, se abordaron las siguientes:

5.1 La impartición de cursos de:

a) Capacitación permanente respecto de los contenidos de la jurisprudencia interamericana sobre los límites de la jurisdicción militar, garantías judiciales y protección judicial, y estándares internacionales aplicables a la administración de justicia; y

b) Capacitación en la formación de los temas de debido juzgamiento del delito de desaparición forzada para el adecuado juzgamiento de hechos constitutivos de este delito, con especial énfasis en los elementos legales, técnicos y científicos necesarios para evaluar integralmente el fenómeno de la desaparición forzada; así como en la utilización de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones; el objetivo es conseguir una correcta valoración judicial de este tipo de casos de acuerdo con la especial naturaleza de la desaparición forzada.

2. De conformidad con el párrafo 332 de la sentencia de la Corte Interamericana, el Poder Judicial de la Federación debía garantizar que la averiguación previa SIEDF/CGI/454/2007 abierta respecto al caso Radilla Pacheco se mantenga bajo conocimiento de la jurisdicción ordinaria y bajo ninguna circunstancia en el fuero de guerra; lo que implica que, una vez consignada la investigación, en su caso ante un juez federal, los hechos investigados no pueden ser remitidos al fuero militar ni debe serle reconocida competencia alguna al mencionado fuero.

3. De conformidad con el párrafo 340 de la sentencia de la Corte IDH en el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, el Poder Judicial de la Federación adecuaría sus subsecuentes interpretaciones constitucionales y legales sobre la competencia material y personal de la jurisdicción militar, orientándose con los criterios contenidos en la jurisprudencia de la Corte IDH.

4. Finalmente, se determinó que la SCJN debía reasumir su competencia originaria o ejercer la facultad de atracción para conocer de conflictos competenciales entre la jurisdicción militar y la ordinaria, o bien, ejercer de oficio su facultad de atracción por tratarse de un tema de importancia y trascendencia, por tanto, deberá

solicitar a todos los juzgados y tribunales federales del país, que en el caso de que tengan bajo su conocimiento algún asunto relacionado con el tema, lo informen a esta Suprema Corte para los efectos anteriores.

Podemos esquematizar las votaciones en el siguiente cuadro:

<b>Medidas administrativas derivadas de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco que deberá implementar el Poder Judicial de la Federación</b>	
El Poder Judicial de la Federación, a través de sus órganos competentes, deberá establecer, para todos los jueces y magistrados y para todos aquellos funcionarios públicos que realicen labores jurisdiccionales y jurídicas del Poder Judicial de la Federación	
A favor	En contra
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Cossío Díaz</li> <li>• Franco González Salas</li> <li>• Zaldívar Lelo de Larrea</li> <li>• Pardo Rebolledo</li> <li>• Valls Hernández</li> <li>• Sánchez Cordero</li> <li>• Ortiz Mayagoitia</li> <li>• Silva Meza</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Aguirre Anguiano</li> <li>• Aguilar Morales</li> </ul>
Garantizar que la averiguación previa SIEDF/CGI/454/2007 abierta respecto al caso Radilla Pacheco se mantenga bajo conocimiento de la jurisdicción ordinaria y bajo ninguna circunstancia en el fuero de guerra	
A favor	En contra
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Cossío Díaz</li> <li>• Franco González Salas</li> <li>• Zaldívar Lelo de Larrea</li> <li>• Valls Hernández</li> <li>• Sánchez Cordero</li> <li>• Ortiz Mayagoitia</li> <li>• Silva Meza</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pardo Rebolledo</li> <li>• Aguilar</li> <li>• Aguirre Anguiano</li> </ul>
El Poder Judicial de la Federación adecuará sus subsecuentes interpretaciones constitucionales y legales sobre la competencia material y personal de la jurisdicción militar, orientándose con los criterios contenidos en la jurisprudencia de la Corte IDH	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Cossío</li> <li>• Franco</li> <li>• Zaldívar</li> <li>• Valls</li> <li>• Sánchez Cordero</li> <li>• Ortiz Mayagoitia</li> <li>• Silva Meza</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Aguirre</li> <li>• Pardo</li> <li>• Aguilar</li> </ul>

<b>Medidas administrativas derivadas de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco que deberá implementar el Poder Judicial de la Federación</b>	
La SCJN deberá reasumir su competencia originaria o ejercer la facultad de atracción para conocer de conflictos competenciales entre la jurisdicción militar y la ordinaria, o bien, ejercer de oficio su facultad de atracción por tratarse de un tema de importancia y trascendencia.	
Unanimidad	

La trascendencia de esta resolución, en el contexto de las recientes reformas en materia de derechos humanos impulsadas en junio de 2011, consistió en fortalecer el principio pro persona a través del control de convencionalidad ex officio, con el que se facultó a todos los juzgadores, a inaplicar normas contrarias a los derechos humanos, sin necesidad de recurrir a una declaratoria general de inconstitucionalidad.

**4.4 Expediente Varios 293/2011**

Como antecedente en la discusión del expediente Varios 1396/2011, es importante señalar que el 3 de septiembre de 2013, el Pleno de la SCJN resolvió la contradicción de tesis 293/2011, la cual determinó que los criterios emanados de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos resultaban vinculantes para los jueces nacionales, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio, ello atendiendo a una máxima protección de los derechos humanos,<sup>266</sup> criterio que sin duda resultaba que mayor protección en relación con

---

<sup>266</sup> Décima Época, Registro: 2006225, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, Materia(s): Común, Tesis: P./J. 21/2014 (10a.), Página: 204, **“JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.** Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.”

aquél aprobado en el expediente Varios 912/2010, que limitaba su carácter vinculatorio únicamente a aquéllos supuestos en los que México había sido condenado como resultado de las sentencias emitidas por la CoIDH.

Además, dicho criterio reconoció la existencia de un nuevo bloque de constitucionalidad, integrado por las normas contenidas en la propia Carta Magna, pero ampliado por aquéllos derechos humanos que se hubiesen reconocido en los tratados y normas internacionales de los que México es parte.

Sin embargo, la trascendencia de dicho criterio radica en que limitó el funcionamiento del bloque de constitucionalidad, al establecer que si una restricción a un derecho humano se encontraba contenida en la propia Constitución, dicha restricción prevalecía,<sup>267</sup> criterio que contraviene la doctrina constitucional y la idea de Estado abierto o Estado de derecho cooperativo que, a decir de Peter Haberle, consiste en que, en el caso de que las leyes del derecho nacional entren en conflicto con las leyes de derecho internacional, el juzgador debe dar preeminencia al derecho internacional,<sup>268</sup> sobre todo tratándose de derechos humanos, supuesto en el que debe aplicarse el principio *pro homine*.

Desde nuestro punto de vista, el criterio contenido en esta tesis impactó de manera negativa para la protección de los derechos humanos, pues materialmente no

---

<sup>267</sup> Décima Época, Registro: 2006224, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), Página: 202, **“DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.** El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encubramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.”

<sup>268</sup> Haberle, Peter, “Entrevista de César Landa. El rol de los Tribunales Constitucionales ante los desafíos contemporáneos”, en Valadés, Diego, *Conversaciones académicas con Peter Haberle*, UNAM-IIJ, México, 2017, p. 13.

se lograba una protección amplia de los mismos se reconocía, al mismo tiempo, que debían prevalecer las restricciones contenidas en una norma constitucional pues estos debían restringirse si así lo determinaba la constitución, sin la necesidad de analizar siquiera la pertinencia o justificación de dicha restricción y volviendo inoperante el principio pro persona contenido en el artículo 1 de la Constitución, criterio que se evidencia con mayor claridad en la discusión del expediente Varios 1396/2011.

#### **4.5 Análisis de caso: expediente Varios 1396/2011**

En el expediente Varios 1396/2011 se aborda lo relativo a los efectos de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Fernández Ortega y Rosendo Cantú vs. México.

El 28 de noviembre de 2011 Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú solicitaron al entonces Ministro Presidente Juan N. Silva Meza se formara un expediente “Varios” para que el Pleno de la SCJN analizara las medidas que debían implementarse por parte del Poder Judicial de la Federación, para cumplir con las sentencias de los Casos Inés Fernández Ortega y otros y Valentina Rosendo Cantú y otra, dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El 14 de diciembre de 2011, el Ministro Juan N. Silva Meza formuló petición al Tribunal Pleno de la SCJN para determinar las medidas que debían adoptarse a efecto del cumplimiento a las referidas sentencias y se determinó turnarlo al Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia para que formulara el proyecto respectivo, el 3 de diciembre de 2012 se retornó el proyecto al Ministro Alberto Pérez Dayán para que elaborara el proyecto correspondiente.

La discusión en el Pleno se realizó el 21, 23 y 27 de abril y 11 de mayo de 2015, de las versiones taquigráficas de las sesiones públicas en que se desarrolló la discusión, se advierte un elemento importante que nos interesa destacar, el Ministro Presidente en este momento era Luis María Aguilar Morales, quien por tal investidura tuvo a su cargo la dirección del debate en las sesiones y su influencia fue determinante para abordar el estudio de este expediente, pues incluso sometió a votación temas que habían sido discutidos en el Varios 912/2010, por ejemplo, el análisis de la

competencia contenciosa de la CoIDH, lo que consideramos fue así debido a que tenía conocimiento de que alcanzaba mayoría.

El proyecto de dictamen fue elaborado por el ministro Alberto Gelacio Pérez Dayan, quien, entre otras cosas, propuso que el fuero militar no operara bajo ninguna circunstancia en situaciones que vulneren los derechos humanos de civiles, que los jueces aplicaran el control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad restringido y que se adoptaran medidas administrativas derivadas de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al principio, parecía que la propuesta estaba logrando consenso; sin embargo, “comenzó a formarse un bloque conservador –encabezado por el ministro presidente Luis María Aguilar Morales<sup>269</sup> y secundado por Eduardo Medina Mora, entre otros- para que la SCJN no asuma la obligación de cumplir las sentencias del organismo interamericano si éste no lo precisa en su resolución”.<sup>270</sup>

Cabe destacar que algunos ministros que no conformaron mayoría cuestionaron de manera reiterada el enfoque bajo el cual se abordaba la discusión por parte del Ministro Alberto Pérez Dayán, solicitando que profundizara en el proyecto el estudio de las medidas y acciones específicas que se proponía emprender por parte de la SCJN para el cumplimiento puntual de la sentencia; sin embargo, dicha petición al ser minoría, no generó el efecto deseado, más allá de la inclusión de tesis y criterios emitidos por el Poder Judicial con el que pretendidamente se atendían los criterios de la CoIDH.

En el estudio de fondo se abordaron los siguientes puntos:

a) Los Jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.

Aunque pareciera que se mantuvo el razonamiento adoptado en el expediente Varios 912/2010, destacan dos aspectos importantes que modifican sustancialmente

---

<sup>269</sup> “considero que no debería obligarse al Estado Mexicano a dictar o a tomar medidas más allá de la reparación individual de la persona que resultó afectada, —según mi criterio— en términos del propio artículo 63 de la Convención. Sin embargo, cuando ya resolvimos la contradicción de tesis 293/2011, si bien voté en relación con este tema en general a favor, hice un voto concurrente, como lo haré en este caso”, Cfr. Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 21 de abril de 2015, p. 30, [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-11-07/21042015PO\\_0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-11-07/21042015PO_0.pdf)

<sup>270</sup> Aranda, Jesús y Camacho, Fernando, “Analiza la Corte fallo de la CIDH por la violación de dos indígenas”, *La Jornada*, Sección Opinión, 22 de abril de 2015, p. 8.

dicho criterio “... en el entendido de que, si alguno de los deberes del fallo implica el desconocimiento de una restricción constitucional, debe prevalecer ésta en términos de lo determinado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 293/2011”.

Ahora, la contradicción de tesis a que se hace alusión reconoce la existencia de un bloque de constitucionalidad, pero establece que si existe una restricción a un derecho humano se encuentra contenida en el texto de la propia Constitución, debe prevalecer dicha restricción.

**DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.** El primer párrafo del artículo 1º constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1º, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

Como se observa, de acuerdo a la contradicción de tesis 293/2011, cuando la Constitución establece límites a los derechos humanos a pesar de que esos límites no se establezcan en los tratados internacionales, debe prevalecer la restricción constitucional.

Aunado a lo anterior, se realiza otra precisión en relación con el control de convencionalidad:

(...) al resolver el amparo directo en revisión 1046/2012, el Tribunal Pleno de este Alto Tribunal determinó, sustancialmente, que si bien los Tribunales Colegiados pueden ejercer de oficio el

control difuso de regularidad constitucional, lo cierto es que deben hacerlo en los términos dispuestos en el artículo 1 constitucional, párrafo tercero, es decir, respecto de las disposiciones que ellos mismos están facultados para aplicar, específicamente, aquellas que rigen el procedimiento del juicio de amparo, a saber: Ley de Amparo, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y Código Federal de Procedimientos Civiles, supletorio de la Ley de Amparo.

La transcripción anterior pone en evidencia el establecimiento de una limitación a la actividad interpretativa relativa al control de convencionalidad que realizaban los jueces, ya que a diferencia de lo referido en el expediente Varios 912/2010, ahora los jueces solo podían realizar el control de convencionalidad de aquellas disposiciones que ellos mismos están facultados a aplicar, lo que constituye un candado importante a lo resuelto en el expediente antes analizado.

En relación con este tema, es oportuno señalar que se aprobó por:

(...) unanimidad de once votos de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena apartándose de algunas consideraciones, Cossío Díaz apartándose de diversas consideraciones, Luna Ramos apartándose de diversas consideraciones, Franco González Salas con reservas, Zaldívar Lelo de Larrea con voto parcial en contra, Pardo Rebolledo con salvedades, Silva Meza en contra de algunas consideraciones, Medina Mora I., Sánchez Cordero de García Villegas en contra de algunas consideraciones, Pérez Dayán y Presidente Aguilar Morales, respecto del considerando séptimo, relativo al control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad. Los señores Ministros Cossío Díaz y Zaldívar Lelo de Larrea anunciaron sendos votos concurrentes. Los señores Ministros Silva Meza y Aguilar Morales reservaron su derecho de formular sendos votos concurrentes. El señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea anunció voto particular para la porción del considerando que votó en contra.<sup>271</sup>

Dado que el control de convencionalidad fue un tema de gran discusión entre los ministros, vale la pena referir el criterio contenido en los votos particulares y en las sesiones públicas. En este aspecto, el ministro Juan Silva Meza afirmó que “entre las normas que reconocen derechos humanos y aquellas que los restringen, la regla general debe ser siempre la máxima amplitud en el ejercicio de los derechos humanos y la excepción, su supresión o restricción”,<sup>272</sup> con ello, este ministro mostraba su rechazo a limitar el control de convencionalidad cuando existieran restricciones constitucionales expresas.

En sentido similar, el ministro Cossío Díaz afirmó que “es imposible que se argumente una razón de supremacía constitucional para incumplir obligaciones

---

<sup>271</sup> Cfr. Expediente Varios 1396/2011, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 11 de mayo de 2015.

<sup>272</sup> Voto particular que formula el señor Ministro Juan N. Silva Meza en relación con los considerandos sexto, séptimo y octavo de la ejecutoria del expediente varios 1396/2011.



internacionales, a través de la realización de un ejercicio de correspondencia, pues esas obligaciones vinculan a todos los poderes del Estado, incluida esta Suprema Corte”,<sup>273</sup> por lo que la cláusula que limitaba el control de convencionalidad constituye un riesgo al incumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas por nuestro país.

Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, por su parte, enfatizó “sí es un retroceso y una limitación a las atribuciones de los jueces federales pero también es un desconocimiento de la sentencia de la Corte Interamericana, y no sólo eso, quiero decir a ustedes que el Estado Mexicano cuando celebró los documentos de supervisión, de cumplimiento, por ejemplo del caso Cabrera y Montiel, una de las formas por las cuales se tuvo por cumplida esta sentencia fue que el Estado Mexicano estableció que esta Suprema Corte había dicho que todos los jueces nacionales de cualquier nivel están obligados a ejercer *ex officio* un control de convencionalidad y, entonces si esto es así, tenemos no solamente la sentencia de la Corte Interamericana, tenemos no solamente nuestros precedentes, sino tenemos también una obligación ya del Estado Mexicano para que se funciones de esa manera.”<sup>274</sup>

Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena precisó que “los jueces y magistrados federales sí deben de hacer un control difuso y es parte medular de la contradicción de tesis a la que se refiere la señora Ministra Luna Ramos; de incluirse simplemente haría en este considerando un voto aclarando que me apartaría de esa parte.”<sup>275</sup>

b) Deberá restringirse la interpretación del fuero militar en casos concretos, respetando los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia cuando están implicados derechos humanos de civiles, como en el caso lo fueron Inés Fernández Ortega y Rosendo Cantú y sus familiares.<sup>276</sup>

El Ministro Cossío Díaz se manifestó en contra de este aspecto, ya que consideró que a pesar de que se habían realizado reformas constitucionales al Código

---

<sup>273</sup> Voto particular que formula el Ministro José Ramón Cossío Díaz en relación con el expediente Varios 1396/2011.

<sup>274</sup> Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 23 de abril 2015, p. 26, [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-11-07/23042015PO\\_0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-11-07/23042015PO_0.pdf)

<sup>275</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>276</sup> Sirve de apoyo a la anterior consideración, la tesis aislada P. VI/2013 (10a.) sustentada por el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo contenido y datos de ubicación, son los siguientes: “Fuero militar. El artículo 57, fracción II, inciso a) del Código de Justicia Militar contraviene la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

de Justicia Militar, “la nueva redacción de este artículo al continuar permitiendo que militares sean juzgados en fuero militar por delitos del orden común o federal aun cuando se excluyan los casos en los que el sujeto pasivo sea un civil, me parece que sigue resultando incompatible, el hecho de que puedan ser actos cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo, expande excesivamente el tipo de conductas que pueden ser juzgadas por este fuero militar”,<sup>277</sup> motivo por el cual, desde su punto de vista, era indispensable que la SCJN manifestara un posicionamiento al respecto, a efecto de delinear parámetros que permitieran a los integrantes del Poder Judicial resolver situaciones concretas en que estuvieran implicados estos temas.

Arturo Zaldívar fue muy enfático en su participación, evidenciando un profundo desacuerdo con el desarrollo del debate y con el proyecto al sostener “hay temas en los cuales ni siquiera son materia del cumplimiento y no solamente los estamos incorporando, sino los estamos sometiendo a votación; hay cuestiones como las que acabamos ahora de votar donde incorporamos criterios nuevos con un precedente y, sin embargo tenemos el tema del fuero militar que es lo más importante de esta sentencia en términos de la condena, y no tenemos la actualización de una gran cantidad de precedentes del Tribunal Pleno y de las Salas, particularmente de la Primera Sala”<sup>278</sup> que no se veían reflejados en el proyecto, por lo que concluyó que al tener un nuevo texto vigente del Código de Justicia Militar, la SCJN debía hacer el mismo ejercicio como en el caso Radilla, y desarrollar un análisis de cuáles son los parámetros, hasta dónde llega o no llega este fuero militar, y una vez tomada una decisión atraer asuntos para que se pueda ir fijando el nuevo criterio o los criterios, o aplicando los criterios, mejor dicho, al nuevo precepto, “me parece que es racional hacerlo razonable.”<sup>279</sup>

c) El Poder Judicial debe implementar acciones a fin de aplicar las directrices establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al momento de resolver asuntos que involucren violencia sexual contra la mujer, por lo que cuando el

---

<sup>277</sup> Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 23 de abril 2015, nota 272, p. 23.

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>279</sup> *Ibidem*, p. 38.

juez tenga conocimiento de que una persona ha sufrido tortura, deberá, inmediatamente y de oficio, dar vista al ministerio público para que inicie una investigación que tendrá como finalidad determinar el origen y naturaleza de la afectación a la integridad personal de quien alega la tortura, identificar y procesar a las personas responsables.

Así mismo, se afirma que los juzgadores deben tomar en cuenta la condición particular de vulnerabilidad en que se encuentran las víctimas, por su etnicidad, calidad de mujeres y/o condición de niña a fin de investigar debidamente actos de tortura u otros tratos cueles, inhumanos o degradantes, llevando a cabo las siguientes directrices:

- (I) La investigación respecto de dichos actos debe llevarse a cabo de oficio y de forma inmediata.
- (II) La investigación, además, debe ser imparcial, independiente y minuciosa, con el fin de: determinar la naturaleza y origen de las lesiones advertidas; identificar a los responsables; e iniciar su procesamiento.
- (III) Corresponde a las autoridades judiciales garantizar los derechos del ofendido, lo que implica la obtención y el aseguramiento de toda prueba que pueda acreditar alegados actos de tortura.
- (IV) El Estado debe garantizar la independencia del personal médico y de salud encargado de examinar y prestar asistencia a los ofendidos, de manera que puedan practicar libremente las evaluaciones médicas necesarias, respetando las normas establecidas en la práctica de su profesión.
- (V) Cuando una persona alega haber sido motivo de un acto de tortura, los Estados tienen la obligación de verificar, en primer lugar, la veracidad de dicha denuncia a través de una investigación llevada a cabo con la debida diligencia.
- (VI) La carga de la prueba de este tipo de hechos recae en el Estado, por lo que no es válido que se argumente que el denunciante no probó plenamente su denuncia para descartarla.
- (VII) Finalmente, por la relevancia de las sentencias internacionales en estudio, debe reiterarse que la violencia sexual se subsume en un acto tortura cuando el maltrato cumple con los siguientes elementos: es intencional; causa severos sufrimientos físicos o mentales, y; se comete con determinado fin o propósito.<sup>280</sup>

Como se observa, el Pleno de la Suprema Corte determinó la necesidad de que las investigaciones que se realicen de actos que impliquen violencia sexual que, por la gravedad de las conductas, los daños severos que ocasionen y el fin de cometer esos daños, deben considerarse como un acto de tortura y estableció una serie de medidas para los jueces a fin de garantizar que esas investigaciones resulten efectivas.

---

<sup>280</sup> Expediente Varios 1396/2011.

Lo anterior fue resultado de las insistencias formuladas por Cossío Díaz, Sánchez Cordero y Ortiz Mena,<sup>281</sup> para que en esta determinación se precisaran específicamente los estándares para valorar en casos de violencia sexual, en este sentido, Cossío señaló “uno de los más importantes temas que se debe tener en cuenta para garantizar que se incorpore una perspectiva de género al momento del juzgamiento de caso de violencia sexual, como el que nos ocupa, es que se ordenen, practiquen y valoren pruebas que sean necesarias para el debido esclarecimiento de los hechos, esto de acuerdo también con el tema del caso algodónero.”<sup>282</sup> Incluso, los ministros manifestaron que en el proyecto inicial no se había incluido criterios emitidos por la propia SCJN que abonaban al tema, por ello, Cossío Díaz refirió “Quisiera tomar una posición general respecto al mismo con base en lo que señalé en la sesión anterior. Si bien se hizo un agregado del cúmulo de tesis tanto jurisprudenciales como aisladas sobre los criterios relacionados con los temas de tortura, género y etnicidad generados por la Primera Sala, sigo pensando que no se hace un análisis crítico sobre su incorporación ni se le relaciona de manera sistemática con los relativos a la perspectiva de género, que me parece debería ser el eje temático central de esta resolución.”<sup>283</sup>

Un aspecto que resulta relevante destacar es el relativo a la obtención y valoración probatoria ya que, a diferencia de otro tipo de asuntos, el Pleno de la Corte determinó que los que impliquen actos de violencia sexual contra la mujer no necesariamente contarán con medios de prueba documentales o gráficas, pues generalmente se realiza sin presencia de testigos, por lo que se deberá otorgar un valor preponderante a la información testimonial de la víctima, lo implica una responsabilidad del juzgador para evaluar razonablemente las plausibles

---

<sup>281</sup> Hay elementos que se pudieran incorporar en la sentencia, en el varios que estamos analizando, para hacer efectiva la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y me voy a permitir leer sólo cuatro sugerencias para el proyecto que creo que pudieran enriquecer el mismo. Primero. Existen obligaciones para el Poder Judicial Federal para ejercer un control de constitucionalidad siguiendo los criterios mencionados: la violencia sexual como tortura, las medidas y diligencias que deben tomar los órganos investigadores, la valoración de la prueba en caso de violación sexual y la perspectiva de género con la que se deben investigar y juzgar hechos como los analizados, Cfr. Sesión 27 de abril 2015, p. 8

<sup>282</sup> Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 23 de abril 2015, 27 de abril 2015, p. 5, [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-11-07/27042015PO\\_0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-11-07/27042015PO_0.pdf)

<sup>283</sup> Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 11 de mayo de 2015, p. 6, [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-11-07/11052015PO\\_0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-11-07/11052015PO_0.pdf)

inconsistencias del relato de la víctima de conformidad con la naturaleza traumática de los hechos, así como otros factores que pueden presentarse en caso de que las víctimas sean indígenas. Así mismo, se recomienda tomar en cuenta los elementos subjetivos de la víctima, como su edad, condición social, grado académico o pertenencia a un grupo históricamente desventajado, a fin de establecer la posibilidad de que los hechos denunciados se llevaron a cabo y el impacto que tuvieron, y por último, se recomienda utilizar adecuadamente las pruebas circunstanciales, presunciones e indicios para extraer conclusiones consistentes en los hechos.

Sobre este tema, la Suprema Corte también recomienda que en aquellos casos en los que se comprueba la existencia de violencia sexual se repare debidamente el daño a la víctima a fin de evitar que este tipo de conductas se sigan presentando.

d) Directrices relativas al trato con personas indígenas. La Suprema Corte enfatizó la obligación de garantizar el derecho fundamental de las personas indígenas a contar con un acceso pleno a la tutela jurisdiccional, para lo cual “debe implementar y conducir procesos sensibles a tales particularidades, en los que, desde luego, se consideren sus costumbres y especificidades culturales, así como que en todo tiempo sean asistidos por intérpretes que tengan conocimiento de su lengua y cultura”.<sup>284</sup>

Por otra parte, la Corte estableció el deber a los jueces mexicanos, de impartir justicia aplicando la perspectiva de género, para lo cual estableció las siguientes directrices:

- (I) Identificar si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia;
- (II) Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género;
- (III) En caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones;
- (IV) De detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género;
- (V) Para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas;

---

<sup>284</sup> Expediente varios 1396/2011, p. 88.

(VI) Considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género.<sup>285</sup>

Hecho lo anterior y acreditada la existencia de violencia sexual, se debe tener presente la necesidad de reparar debidamente y de manera integral el daño a la víctima de este tipo de hechos, por lo que la Corte retoma diversos criterios establecidos por la Corte Interamericana sobre este tema, a fin de asegurar el derecho humano de acceso a la justicia.

e) El Poder Judicial de la Federación deberá implementar medidas administrativas derivadas de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú, especialmente se reitera la necesidad de capacitación y actualización permanente en temas como: la jurisprudencia de la Corte Interamericana para el estudio de las disposiciones previstas en el Protocolo de Estambul, las Directrices de la Organización Mundial de la Salud y perspectiva de género y etnicidad, con énfasis en casos de violencia sexual contra las mujeres. Asimismo, se instruye al Consejo de la Judicatura para que a través del Instituto de la Defensoría Pública Federal se implementen acciones para garantizar la asistencia de intérpretes, defensores y asesores que brinden atención a víctimas de violencia sexual ya sea mujeres o niños.

## **4.6 Conclusiones**

Con el desarrollo de este capítulo se concluye que el estudio de caso constituye una herramienta metodológica importante para realizar análisis cualitativo de las decisiones emitidas por los ministros y ministras que integran la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por tanto, si bien los resultados de dicho análisis no podrían llevar a una generalización respecto del funcionamiento general de dicho órgano constitucional, lo cierto es que esos hallazgos coinciden con los estudios empíricos de tipo cuantitativo, en los que se ha observado un comportamiento judicial con mayor

---

<sup>285</sup> *Ibidem*, p. 89.

participación en los conflictos políticos, en detrimento de su labor esencial como protector y garante de los derechos de las personas.

En ese tenor, resulta innegable que el sentido de las resoluciones emitidas en el expediente Varios 912/2010 y 1396/2011, en relación al alcance de la interpretación de los derechos humanos previstos en las normas constitucionales y en los tratados internacionales, sostienen criterios diversos de protección a los derechos, pues mientras el primero asume una actitud de tipo interpretativa y mayormente garantista, el último constituye un ejemplo de una visión legalista y restringida en la protección de derechos, ya que se privilegian directrices de jerarquía previstas en las normas constitucionales y se hace a un lado el contenido sustancial de los derechos humanos y del principio *pro persona*, lo que significa una regresión a la protección de los derechos humanos y a la función que debe realizar la Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional.

En el análisis se advirtió que uno de los elementos que impacta en el sentido de las resoluciones emitidas por la Suprema Corte tiene que ver con su propia integración, es decir, con las personas que físicamente desempeñan el cargo de ministros y ministras. En este aspecto, advertimos que cuando se emitió la resolución en el expediente Varios 912/2010, la SCJN tenía una composición que alcanzó la mayoría para sostener criterios garantistas en aras de la protección de los derechos humanos a través del control de convencionalidad, pero el cambio de tres ministros en la integración de la SCJN influyó para que al emitir la resolución en el expediente Varios 1396/2011 el criterio se modificara:

<b>Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que resolvieron los siguientes asuntos</b>	
<b>Expediente Varios 912/2010</b>	<b>Expediente Varios 1396/2011</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Juan N. Silva Meza (Presidente de la SCJN)</li> <li>• Margarita Beatriz Luna Ramos</li> <li>• José Ramón Cossío Díaz</li> <li>• Olga Sánchez Cordero de García Villegas</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Juan N. Silva Meza</li> <li>• Margarita Beatriz Luna Ramos (ausente)</li> <li>• José Ramón Cossío Díaz</li> <li>• Olga Sánchez Cordero de García Villegas</li> <li>• José Fernando Franco González Salas</li> <li>• Arturo Zaldívar Lelo de Larrea</li> <li>• Luis María Aguilar Morales</li> </ul>

<ul style="list-style-type: none"> <li>• José Fernando Franco González Salas</li> <li>• Arturo Zaldívar Lelo de Larrea</li> <li>• Luis María Aguilar Morales</li> <li>• Jorge Mario Pardo Rebolledo</li> <li>• Sergio Salvador Aguirre Anguiano</li> <li>• Guillermo I. Ortiz Mayagoitia</li> <li>• Sergio Armando Valls Hernández</li> </ul>	<p>(Presidente de la SCJN)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Jorge Mario Pardo Rebolledo</li> <li>• Alberto Pérez Dayán</li> <li>• Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena (Ausente por comisión oficial)</li> <li>• Eduardo Medina Mora</li> </ul>
---	---

Elaboración propia con apoyo en las votaciones emitidas en cada una de las resoluciones derivadas de estos asuntos.

Lo anterior resulta trascendente pues rompe con el paradigma tradicional que explica el proceso de decisión judicial como una actividad técnica derivada de la aplicación del silogismo jurídico y evidencia que existen factores externos y contextuales que impactan en el sentido de las decisiones judiciales, así como factores internos en los que subyacen las vivencias, experiencias, ideologías y aspiraciones personales de las y los juzgadores, elementos subjetivos cuya presencia no debe negarse, ya que como lo explica Duncan Kennedy “su ocultación bajo la retórica de la neutralidad del fallo es un ejemplo de la forma típica como las personas resuelven la angustia generada por sus tensiones internas, esto es, mediante las negaciones de dichas tensiones”.<sup>286</sup>

Recordemos que Duncan Kennedy refiere que “los jueces niegan la influencia de la ideología no sólo porque ésta es la conducta impuesta por la tradición jurídica, sino porque dicha conducta sirve para soslayar un conflicto inherente a la función judicial, entre la misión general encomendada al juez de hacer justicia y el deber de éste de acatar las normas positivas vigentes”.<sup>287</sup>

En este aspecto, por la actitud asumida por los integrantes de la Suprema Corte se observa que hubo cuatro ministros identificados plenamente con posturas teóricas interpretativistas: Juan Silva Meza, José Ramón Cossío Díaz, Olga Sánchez Cordero y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea; mientras que el resto de los ministros se ubicaron como mayormente legalistas: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Luna Ramos, Guillermo Ortiz Mayagoitia, Jorge Mario Pardo Rebolledo y José Fernando Franco González Salas, en tanto que los ministros Sergio Armando Valls Hernández y

<sup>286</sup> Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, nota 125, p. 204.

<sup>287</sup> *Ibidem*, p. 203.



Luis María Aguilar Morales no se identificaron plenamente con alguno de los bloques anteriores, pero del sentido de sus intervenciones en las sesiones públicas podemos advertir que el primero fue mayormente liberal, en tanto que el segundo se mantuvo como conservador, dada la visión restrictiva de sus criterios, en los que prevaleció la preponderancia de ley por encima de la protección de los derechos humanos.<sup>288</sup>

De esta forma, la salida de los ministros Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Sergio Armando Valls Hernández de la SCJN impactó en la forma en que dicho tribunal colegiado decidió plenariamente los asuntos, pues sin ellos ya no fue posible alcanzar mayoría en temas tan polémicos y que requerían criterios de avanzada.

No se pierde de vista que también concluyó su periodo Sergio Salvador Aguirre Anguiano, identificado como uno de los ministros más conservadores; sin embargo, ello no fue suficiente para restar fuerzas al grupo que se identificaba con una ideología conservadora, ya que los ministros que sustituyeron a quienes habían terminado su encargo fueron Alberto Pérez Dayán, Eduardo Medina Mora y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

Respecto a la trayectoria de Alberto Gelacio Pérez Dayán, sus declaraciones antes de ocupar el cargo como ministro lo ubicaron como conservador, de ahí que los analistas observaron que aún con la salida de dos de sus miembros, el bloque conservador se encontraría en igualdad de votos respecto al bloque de los liberales.<sup>289</sup> Por su parte, Eduardo Medina Mora también se identifica con una ideología conservadora.<sup>290</sup> Respecto de Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, al menos durante la discusión del expediente Varios 1396/2011, fue posible advertir una actitud moderada con tendencia a criterios garantistas, aunque en ocasiones sus intervenciones no fueron tan contundentes como para identificarlo plenamente como conservador o liberal.

---

<sup>288</sup> González, María de la Luz, "Equilibran fuerzas en SCJN: llegan Pérez Dayán y Alfredo Gutiérrez", en *El Universal*, 23 de noviembre de 2012, consultado en <http://archivo.eluniversal.com.mx/notas/885136.html>

<sup>289</sup> Idem.

<sup>290</sup> En una de sus primeras intervenciones ante el Pleno de la Corte, Medina Mora manifestó su rechazo a que se reconozca en el país el matrimonio igualitario para parejas homosexuales y heterosexuales. Cfr. Fierro Juan Omar, *El Universal*, Sección Nación, 9 de diciembre de 2015, <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/politica/2015/12/9/los-ministros-liberales-hoy-son-minoria-en-la-corte>

Ubicar el tipo de ideología que han mantenido los ministros de la Corte nos permite comprender cómo pueden reaccionar y decidir cuando tienen ante sí un problema difícil que resolver. En este aspecto, Duncan Kennedy sostiene que la forma de percibir la legalidad varía dependiendo “del carácter y la naturaleza de ese “yo quiero” que se enfrenta a la ley (...) es inútil discutir el conflicto entre preferencias personales vs. la ley sin especificar de qué tipo de preferencias estamos hablando”.<sup>291</sup>

Lo anterior nos lleva a afirmar que los dos últimos integrantes de la Suprema Corte de Justicia nombrados antes de que se resolviera el expediente Varios 1396/2011, inclinaron la balanza para delinear políticas en materia de interpretación y argumentación jurídicas de corte conservador, lo que impactó de manera directa, en el sentido en que resolvió dicho expediente.

Además, se debe tener presente que la pertenencia a un grupo, cualquiera que este sea, delimita el actuar de las personas y, en consecuencia, el del operador jurídico:

(...) como miembros de colectivos, imponemos sobre otros, y se nos imponen a nosotros, estructuras jerárquicas de poder, riquezas, y acceso a la cultura que son ilegítimas, ya estén basadas en el nacimiento en una clase particular o en el accidente de las dotes genéticas (...) La clave es que la abolición de estas estructuras ilegítimas, la confección de una existencia colectiva inalienada, parece implicar un incremento tan masivo de control colectivo sobre nuestras vidas que ello derrotaría su propósito.<sup>292</sup>

Nuevamente, Duncan Kennedy asimila la libertad y la restricción en dos ámbitos, el individual y el colectivo, para afirmar que la libertad individual es al mismo tiempo dependiente de la acción colectiva que ejerce cierta coacción sobre la persona. Traducido al ámbito judicial, si bien los jueces constitucionales tienen un margen de libertad para decidir individualmente, con apoyo en su ideología, el sentido de las resoluciones, lo cierto es que su actuar también se ve limitado por el grupo al que pertenecen, en el caso de la Suprema Corte de Justicia como hemos analizado, en los últimos años se han perfilado dos bloques: los liberales o progresistas y los conservadores, por lo que en ocasiones, las decisiones que emiten los ministros se espera correspondan al bloque al que tradicionalmente han pertenecido.

---

<sup>291</sup> Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la decisión judicial*, nota 126, p. 95.

<sup>292</sup> Pérez Lledó, Juan A., “*Critical Legal Studies* y el comunitarismo,” *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, núm. 17-18, 1995, p. 148.

En este orden de consideraciones, podemos concluir con Duncan Kennedy que:

(...) los derechos son otro de los artificios modernos que esconden –bajo el manto de la retórica, de la racionalidad, la universalidad y la necesidad-, intereses y opciones históricas contingentes (...) el discurso convencional sobre los derechos es profundamente contradictorio y alienante, en tanto presenta a los derechos como exigencias éticas universales, a pesar de que la experiencia diaria de su aplicación (...) muestra claramente las tensiones existentes entre diferentes derechos (...) tensiones que traducen los intereses de grupos sociales enfrentados.<sup>293</sup>

Aunado a ello, en este capítulo se observó que la decisión no la toma un ministro únicamente aplicando el método literal para la interpretación de las normas, sino que la decisión la toma en un contexto político, social e institucional, en el cual interpreta, critica, acepta, rechaza y elige criterios con base en una ideología y una formación judicial.

En conclusión, a pesar de que la Suprema Corte cuenta con un diseño institucional que se aproxima al de un tribunal constitucional y que dentro de nuestro entramado constitucional existe una amplia protección a los derechos humanos con las últimas reformas constitucionales, lo cierto es que al momento de actualizar dichas normas en un caso en particular, las decisiones que adoptan los ministros plenariamente, evidencian la existencia de subjetividad, argumentos políticos e ideológicos, entendidos en los términos de Kennedy, los cuales llevan a criterios que ponen en riesgo el ejercicio de los derechos de las personas y, en consecuencia, que cuestionan su papel como Tribunal Constitucional.

---

<sup>293</sup> *Ibidem*, p. 149.

## REFLEXIONES FINALES

Con esta investigación se comprobó la hipótesis de trabajo planteada, ya que a través del estudio de los criterios contenidos en la resolución del expediente Varios 912/2010 y Varios 1396/2011, dos casos significativos resueltos por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los que se abordan, entre otras cosas, los alcances y restricciones de los derechos humanos contenidos en normas constitucionales e internacionales, se corroboró que la conformación institucional de la Corte, con la que se le reconocen facultades propias de un Tribunal Constitucional, no garantiza la eficacia de las decisiones judiciales en materia de protección de los derechos humanos.

Lo anterior encuentra sustento en el hecho de que si bien la Suprema Corte cuenta con mecanismos de control de constitucionalidad, tales como las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales, incluso, a partir de 2011 se fortaleció el juicio de amparo como un medio para exigir la protección de los derechos, lo cierto es que esas facultades formales no se traducen necesariamente en decisiones que materialmente protejan derechos con criterios amplios y garantistas ¿Cómo se puede explicar esa aparente contradicción en el funcionamiento de la Corte, en el que, por un lado, sus facultades le asignan la función de guardián y protector de derechos, pero por el otro, las decisiones que asume se alejan de dicha función esencial?

Al respecto, este trabajo pretende presentar una propuesta integral para el análisis de la función judicial a través del estudio de factores históricos, institucionales y políticos que, en principio constituyen el campo de acción de los ministros y ministras que integran la Corte y que explican su comportamiento, en consonancia con los elementos subjetivos de las personas que se dedican a la labor de juzgar.

En ese sentido, del recorrido histórico desarrollado en el primer capítulo se concluye que el principio de división de poderes constituyó uno de los pilares para la construcción del Estado Moderno, el cual, al amparo de la ideología liberal, asignó funciones legislativas, ejecutivas y judiciales a diferentes órganos del Estado, con el fin de evitar el monopolio del poder político en una sola persona; sin embargo, se asignó un contenido diverso a dicho principio en función de la tradición jurídica en la

que se desarrolló, de manera que los países que pertenecían a la tradición jurídica romano canónica entendieron el principio de división de poderes de manera rígida e inflexible, priorizando la labor del poder legislativo sobre el ejecutivo y nulificando la labor del poder judicial, quien debía limitarse a ser “la boca de la ley”. En cambio, en los países pertenecientes al *common law*, dicho principio se adoptó bajo un esquema de frenos y contrapesos, en el que se planteó que la función legislativa debía controlarse por el órgano facultado para aplicar las leyes, es decir, por el poder judicial, en consecuencia, los juzgadores asumieron una posición activa en la relación de poderes.

Esta dicotomía entre una labor “nula o mínima” y una labor “activa” del juez es la que sostiene actualmente el debate sobre el papel que deben desempeñar en un Estado Constitucional de Derecho, ya que hay quienes sostienen que los jueces son simples aplicadores del derecho, y su actividad se constriñe a averiguar el sentido o el significado de una norma, por ende, su labor es una actividad técnica y neutra que debe enfocarse a encontrar algo preexistente, a través de un razonamiento deductivo dado por el uso de silogismos jurídicos, desarrollando una participación política limitada, pasiva y sustancialmente subordinada a la normatividad emanada de quienes legalmente se encuentran facultados para erigir leyes.

En este trabajo se comparte la tesis de quienes afirman que la tarea principal del poder judicial es mantener el respeto a los derechos fundamentales a través de una especie de “activismo” en donde importa la racionalidad que los juzgadores viertan en sus resoluciones; y por lo tanto, dichos operadores jurídicos deben interpretar el sentido de la normatividad considerando que ésta posee una estructura abierta y que se encuentra en tensión permanente debido a que protege simultáneamente intereses de grupos distintos, enfatizando su labor en aquellos espacios donde el legislador fue vago e impreciso, o sencillamente, no previó situaciones particulares al momento de elaborar la norma jurídica aplicable al caso concreto.

A través de la reflexión desarrollada en el segundo capítulo se destaca la condición humana, especialmente en la sociedad moderna, como fuente de tensiones y contradicciones, las cuales resultan inevitables al momento de decidir. Además, se hace énfasis en la importancia del posicionamiento epistemológico de las personas,

pues ello incide en la forma de observar, apreciar e interpretar la realidad, sin perder de vista algunos de los cuestionamientos a los pilares con los que se construyó la Modernidad, especialmente la idea de “razón”, pues ellos se reprodujeron en todas las áreas de conocimiento, sin que el derecho escapara a ello.

Bajo la racionalidad moderna, que exige construir al sujeto capaz de medir, cuantificar, elaborar teorías precisas y estructurar leyes, se construyeron esquemas explicativos sobre el funcionamiento del derecho que lo conciben como un sistema coherente, neutro y completo; sin embargo, dichos esquemas, a la luz de los casos analizados en este trabajo resultan insuficientes para comprender y explicar el proceso de decisión judicial en su integridad.

Por tal motivo, del análisis de la propuesta teórica de Duncan Kennedy se arribó a la conclusión que brindaba mayores herramientas de análisis para comprender el comportamiento judicial y es que, para dicho autor, la actividad judicial no es una actividad mecánica que se limita a la aplicación del silogismo jurídico, sino que el operador jurídico toma una decisión con base en las vivencias que ha tenido y en la ideología que consciente o semiinconscientemente defiende y que determinan el modo de pensar e incluso de argumentar, por lo tanto, su decisión no es objetiva sino subjetiva, está delimitada por intereses, aspiraciones, experiencias, y está determinada por elementos políticos que no pueden hacerse de lado en las decisiones judiciales.

Aunado a ello, Duncan Kennedy sostiene que es posible distinguir en el desempeño de los jueces a los propiamente activistas, mediadores y bipolares, los primeros se caracterizan porque resuelven guiados por razones extrajurídicas, generalmente para obtener “sentencias justas”; los segundos, se encuentran controlados por la ideología ya que para actuar identifican primero los intereses en juego y, en función de ello, adoptan la posición que lo ubique en la mejor posición; los jueces bipolares buscan construir una carrera judicial mediadora que le permita adquirir legitimidad y conservar su posición de poder, por lo que en ocasiones asumen actitudes de jueces restringidos y, en otras, actitudes de jueces mediadores.

El análisis político e institucional desarrollado en el tercer capítulo nos permitió concluir que la configuración del sistema político mexicano, en el que el presidente

controló el poder político y ejerció facultades metaconstitucionales, determinó las facultades asignadas al Poder Judicial, así como la función que materialmente desempeñó. En ese sentido, entre 1917 y 1994, el papel de la Suprema Corte de Justicia se caracterizó por mantener el *status quo* respecto de las decisiones tomadas por el titular del Ejecutivo, al tiempo que afirmaba su carácter apolítico, es decir, que negaba su participación en conflictos de tipo político; sin embargo, comprobamos con Duncan Kennedy, que dicha negación enmascaró la verdadera ideología a la que se debían.

A partir de las reformas judiciales de 1994 y de 2011, institucionalmente se fortaleció a la Suprema Corte pues las atribuciones para resolver acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y proteger los derechos humanos le asignaron el carácter de Tribunal Constitucional y, con ello, se erigió como un poder político; sin embargo, dicha función la ejerció con mayor fuerza hasta el año 2000, en la que se observó un aumento considerable en la interposición de los medios de control constitucional, especialmente, en aquéllos que se relacionaban con acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales que aparentemente la colocaban como un árbitro en los conflictos políticos; sin embargo, la investigación documental evidenció que las decisiones estuvieron encaminadas a legitimar a grupo de poder en turno, con lo que lejos de convertirse en un árbitro en los conflictos políticos asumió un papel de actor político.

La metodología utilizada en el último capítulo de este trabajo a través del análisis de los expedientes Varios 912/2010 y Varios 1396/2011, permitió realizar un estudio de tipo cualitativo en relación con el alcance de la interpretación de los derechos humanos previstos en las normas constitucionales y en los tratados internacionales, lo que permitió identificar criterios interpretativistas y legalistas, en virtud de que en la primer sentencia se fortaleció el principio *pro persona* a través del control de convencionalidad ex officio, con el que se facultó a todos los juzgadores, a inaplicar normas contrarias a los derechos humanos, sin necesidad de recurrir a una declaratoria general de inconstitucionalidad, pero en la última sentencia se cambió dicho criterio y se dio preponderancia a directrices de jerarquía previstas en las normas

constitucionales, haciendo a un lado el contenido sustancial de los derechos humanos y del principio pro persona.

¿Qué factores incidieron en el cambio de criterio sostenido por los ministros en dichas resoluciones? En este trabajo se sostiene que, fundamentalmente, tiene que ver con una conformación diversa de la Suprema Corte de Justicia, es decir, con las personas que asumieron posicionamientos ideológicos particulares.

En este aspecto, al resolver el expediente Varios 912/2010, hubo cuatro ministros identificados plenamente con posturas teóricas interpretativistas: Juan Silva Meza, José Ramón Cossío Díaz, Olga Sánchez Cordero y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea; mientras que el resto de los ministros se ubicaron como mayormente legalistas: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Luna Ramos, Guillermo Ortiz Mayagoitia, Jorge Mario Pardo Rebolledo y José Fernando Franco González Salas, en tanto que los ministros Sergio Armando Valls Hernández y Luis María Aguilar Morales no se identificaron plenamente con alguno de los bloques anteriores; no obstante, con esta conformación, se logró un criterio mayoritario para la protección de los derechos humanos.

En cambio, al momento en que se resolvió el expediente Varios 1396/2011 la configuración de la Corte era distinta, ya que los ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Sergio Armando Valls Hernández habían sido sustituidos por los ministros Alberto Pérez Dayán, Eduardo Medina Mora y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, los dos primeros identificados por su ideología conservadora, en tanto que el último se mantuvo en una posición neutral, pero justamente esa composición impactó en la forma en que dicho tribunal colegiado decidió plenariamente el citado asunto, pues ya no fue posible alcanzar mayoría entre quienes asumían una posición interpretativista del derecho.

Por tanto, contrario a la tendencia de las reformas constitucionales para consolidar a la Suprema Corte como Tribunal Constitucional, este trabajo concluyó que la integración de dicho órgano colegiado ha llevado a criterios mayormente conservadores y poco protectores de los derechos humanos, debido a que hay ministros y ministras que sostienen posicionamientos legalistas que bajo ciertos contextos llegan a conformar un bloque mayoritario al momento de tomar decisiones



relevantes, comportamiento que se aleja de la función primordial que debe realizar un juez constitucional y que, incluso, podría poner en riesgo la aspiración de consolidar un Estado Constitucional de Derecho en México.

## FUENTES DE CONSULTA

### LIBROS Y ARTÍCULOS

AGUILÓ REGLA, Josep y Grández Castro, Pedro P. (editores), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, ed. Palestra, Lima, 2017.

ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993.

\_\_\_\_\_, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

ANSOLABEHERE, Karina, *La política desde la justicia: cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, México, ed. Fontamara, p. 178.

ATIENZA, Manuel, Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, 3ª reimpr., España, ed. Trotta, 2015.

\_\_\_\_\_, *Las piezas del derecho*, Ariel, España, 1996.

\_\_\_\_\_, *Cuestiones Judiciales*, Fontamara, México, 2004.

\_\_\_\_\_ y Luigi Ferrajoli, *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de derecho*, UNAM, México, 2005.

AYALA BLANCO, Luis Alberto, *El silencio de los dioses*, México, ed. Sexto piso, 2004.

BÁRCENAS, Ramón, "Contexto de Descubrimiento y Contexto de justificación: un problema filosófico en la investigación científica", en *Acta Universitaria*, vol. 12, núm. 2., mayo-agosto, México, Universidad de Guanajuato, 2002, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=41600206>

BALBUENA CISNEROS, Arminda, *Suprema Corte de Justicia de la Nación y Jurisdicción constitucional en México*, México, ed. Universidad de Guanajuato, Facultad de Derecho, 2005.

BAR HUMAN RIGHTS Comitte of England and Wales, *Retomando el Estado de derecho: Informe de la delegación de abogados a México. Un informe sobre la protección de defensores de derechos humanos y el Estado de Derecho en los estados de Guerrero y Oaxaca*, México, julio de 2010, p. 60, <http://www.tlachinollan.org/respaldo/Descargas/BHRC.pdf>

BAUMAN, Zygmunt, *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, México, ed. Tusquets, 2007.

BLANCO VALDÉS, Roberto, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.

BOAVENTURA DE SOUZA, Santos, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Vol. I, España, ed. Desclée de Brouwer, 2000.

BOLAÑOS GUERRA, Bernardo Hipólito, *Argumentación científica y objetividad*, 2000.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales en los inicios del constitucionalismo mundial y en el constitucionalismo histórico español*, UNAM, México, 2005.

BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico: lecciones de filosofía del derecho*, Madrid, ed. Debate, 1993.

\_\_\_\_\_, *Liberalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008.

CARBONELL, Miguel, et. al., (Comp.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

CAPELLA, Juan Ramón, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*, Trotta, España, 1997.

CARACCIOLO, Ricardo, “*Derecho y decisiones colectivas*”, p. 28, file:///F:/Downloads/Dialnet-DerechosYDecisionesColectivas-1050916%20(1).pdf

CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, 4ª e., México, ed. Trotta-Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

\_\_\_\_\_, *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

\_\_\_\_\_, (Comp.) *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 3ª ed., México, Porrúa, 2005, (Serie Doctrina Jurídica).

\_\_\_\_\_, (Comp.) *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta-UNAM, México, 2007.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

\_\_\_\_\_, *Una constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, Instituto de Investigación Jurídicas, UNAM, México, 2000, p. 185.

CÁCERES, Enrique, et. al., *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, ed. UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la ‘justicia constitucional’”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 6, Número 17, Mayo-Agosto, 1986, p. 25, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79326>

CARACCIOLO, Ricardo, “Derecho y decisiones colectivas”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Número 10, septiembre-diciembre, 1991, p. 28, file:///F:/Downloads/Dialnet-DerechosYDecisionesColectivas-1050916%20(1).pdf

CARBONELL, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Una constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, Instituto de Investigación Jurídicas, UNAM, 2000.

CARPIZO MC GREGOR, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, ed. Siglo XXI, 1978.

CARRASCO ARAIZAGA, Jorge en “Una reforma simulada”, en *Proceso*, 7 de noviembre de 2010.

CASAR, María Amparo y Marván, Ignacio (coords.), *Gobernar sin mayoría*, México, ed. Taurus, 2002.

Castagnola, Andrea y López Noriega, Saúl, *El rol de la Suprema Corte en la consolidación democrática de México*, México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas-Tirant lo Blanch, 2016.

CASTRO, Juventino V., *Los jueces mexicanos y su justicia*, México, Editorial Porrúa, 2004.

CERDA Ardura, Antonio, “Debate sobre el fuero militar, intento de socavar al Ejército, en *Siempre*, número 65, noviembre-diciembre, 7 de noviembre de 2010

CLAVERO, Bartolomé, *El orden de los poderes*, España, Editorial Trotta, 2007.

CONTRERAS VILLARREAL, Roberto Carlos, *Análisis de los criterios de interpretación y argumentación en la jurisprudencia del poder judicial de la federación*, 1994.

CORTEZ SALINAS, Josafat, *La Suprema Corte de Justicia en México, ¿Cuándo vota contra el presidente?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014

COURTIS, Christian (comp.), *Desde otra Mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, ed. Eudeba, 2001.

COUSO, Javier, "Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política", en *Revista de Ciencia Política*, Volúmen XXIV, No. 2, 2004, p. 29, <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/324/32424202.pdf>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, OEA, Washington, 2012, p. 115, <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/documentos-basicos-12-spa.pdf>.

COSSIO DÍAZ, José Ramón, *Constitución, Tribunales y Democracia*, México, Themis, 1998, (Colección de ensayos jurídicos).

\_\_\_\_\_, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Distribuciones Fontamara, 2002, (Doctrina jurídica contemporánea, núm. 12).

CUÉLLAR, Angélica, *La justicia sometida. Análisis sociológico de una sentencia*, México, FCPyS -Miguel Ángel Porrúa, 2000.

Daniela Pastrana "Los superárbitros", en *La Jornada*, Suplemento Masiosare, número 228, 5 de mayo de 2002.

DERRIDA, Jacques, *Fuerza de ley: el "Fundamento místico de la autoridad"*, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, número 11, España, 1992.

*Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, Madrid, ed. Gredos, 1991.

*Diccionario Jurídico Mexicano*, I-O, 2ª reimpr., Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993

DÍAZ, Gloria Leticia, "Al desnudo en Europa el doble discurso presidencial", en *Proceso*, octubre 2010.

DÍAZ CRUZ, Rodrigo, *Los lugares de lo político, los desplazamientos del símbolo. Poder y simbolismo en la obra de Víctor W. Turner*, México, ed. Gedisa, 2014.

*Diccionario Jurídico Mexicano*, I-O, 2ª reimpr., Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 1793.

DOUGLAS, PRICE, Jorge Eduardo, *La decisión judicial*, Rubinzal ediciones, Buenos Aires, 2012, p. 17.

*El Constituyente de Filadelfia de 1787 y la Judicial Review*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.

*Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, ed. Driskill, 1964, T. XVIII.

FASSÓ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Tomo 3, Siglos XIX y XX, Madrid, ed. Pirámide, 1988.

FAVOREU, Louis, *Los tribunales constitucionales*, España, ed. Ariel, 1994.

FEREJOHN, John, et. al., *Los jueces: entre el derecho y la política*, Serie democracia y judicatura, Colombia, ed. ILSA, 2008.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

\_\_\_\_\_, *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Distribuciones Fontamara, 2004, (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política núm. 88).

\_\_\_\_\_, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Colombia, ed. Universidad Externado de Colombia, 2000.

FERRARIS, Mauricio, *Historia de la hermenéutica*, México, ed. Siglo veintiuno, 2002.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús, *El juez constitucional en el siglo XXI*, T. I, México, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009.

FETERIS, Eveline T. *Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*, Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 2007.

Fierro, Juan Omar, *El Universal*, Sección Nación, 9 de diciembre de 2015.

FLORES OLEA, Víctor, *Crítica a la globalidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

FOSTER, Hal (editor), *La posmodernidad*, 7ª e., Barcelona, ed. Kairós, 1985.

FOUCAULT, Michel, *El orden del discurso*, Tusquest, España, 1970.

\_\_\_\_\_, "¿Qué es la ilustración?", en *Revista del Departamento de Sociología*, Año 3, Número 8-7, mayo-diciembre 1988, UAM-Azcapotzalco, p. 5.

GADAMER, Hans-George. *Mito y razón*, México, ed. Paidós, 1997.

GARCÍA ENTERÍA, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª e., España, ed. Civitas, 1983.

GARCÍA MACHO, Ricardo, "Problemática de la división de poderes en la actualidad", en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Núm. 53. Septiembre-October, 1986, p. 179, [www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE\\_053\\_174.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_053_174.pdf)

GARCÍA PASCUAL, C., *El buen jurista. Deontología del derecho*, Tirant lo Blanc, México, 2013, p. 82.

GARCÍA ROCA, Javier, "Del principio de la división de poderes", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, No. 108, Abril-Junio de 2000, p. 57, [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE\\_108\\_043.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_108_043.pdf)

GÓMEZ TORÉ, José Luis, "Filosofía y poesía en Hördelin", en *Endoxa*, Series filosóficas, número 23, UNED, Madrid, 2009, <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Endoxa-2009-23-5071/PDF>

GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo, *La democracia en México*, 2ª e., 19ª reimpr., México, Ediciones Era, 1993.

GONZÁLEZ COMPEÁN, Miguel y Peter Bauer, *Jurisdicción y democracia. Los nuevos rumbos del Poder Judicial en México*, México, ed. Cal y Arena, 2002.

GONZÁLEZ, María de la Luz, "Equilibran fuerzas en SCJN: Llegan Pérez Dayán y Alfredo Gutiérrez", en *El Universal*, 23 de noviembre de 2012.

GONZÁLEZ, María del Refugio y Sergio López Ayllón (eds.), *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, 2000.

GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis y Morales Sánchez Julieta (coords.), *Derechos Humanos. Actualidad y desafíos*, México, ed. Fontamara, 2012.

Goodin Robert E. (Comp.), *Teoría del diseño institucional*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2003.

GROSSI, Paolo, *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, Barcelona, ed. Marcial Pons, 2011.

GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2001.

HABERLE, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional. Con especial referencia al Tribunal Constitucional Alemán*, México, Porrúa, 2005.

\_\_\_\_\_ *Verdad y Estado constitucional*, UNAM, México, 2006.

HALLIVIS PELAYO, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, Porrúa, México, 2009.

HAMILTON, J. Madison y J. Jay, *El Federalista*, 2ª e., México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 90.

HEIDEGGER, Martín, *¿Para qué poetas?*, Colección Pequeños Grandes Ensayos, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, “La división de poderes como principio de ordenamiento” en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, p. 222, México, 2007, consultado el 5 de agosto de 2010, en [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/.../pr10.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/.../pr10.pdf)

HÖRDELIN, Friedrich, *Poemas*, 2ª e., Barcelona, ed. Icaria, 1991.

HUMAN RIGHTS WATCH, “Human Rights in Mexico: A policy of impunity”, New York, June 1990, <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/Mexico906.pdf>

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Palestra, Bogotá, 2009.

INICIATIVA MÉRIDA, *Los cuatro Pirales de la Cooperación*, consultado en [http://photos.state.gov/libraries/mexico/310329/28april/The\\_Four\\_Pillars\\_of\\_Cooperation\\_\\_ESP.pdf](http://photos.state.gov/libraries/mexico/310329/28april/The_Four_Pillars_of_Cooperation__ESP.pdf)

ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

JIMÉNEZ GUTIÉRREZ, Javier, *El problema de la argumentación jurídica*, 1994.

KANT, Immanuel. *Filosofía de la Historia*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2000.

KELMAN, Mark, “Trashing”, 36 Stanford Law Review 293 (1984), citado en Pérez Lledó, Juan Antonio, *El Movimiento Critical Legal Studies*, tesis para obtener el grado de doctor, presentada en la Universidad de Alicante, p. 322, consultada en <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/3825>

KENNEDY, Duncan, *A critique of adjudication. Fin de siècle*. United States of America, Harvard University Press, Cambridge, 1997.

\_\_\_\_\_, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Siglo veintiuno editores, Argentina, 2010.

\_\_\_\_\_, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Universidad de los Andes, Colombia, 1999.

\_\_\_\_\_, “Notas sobre la historia de CLS en los Estados Unidos”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 11, 1992, <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Nota%20sobre%20la%20Historia%20de%20CLS%20en%20los%20Estados%20Unidos.pdf>



Entrevista a Duncan Kennedy realizada por Fernando de la Fíor Koechlin intitulada “La controversia política es parte del razonamiento jurídico”, en Themis-Revista de Derecho, número 50, 2004, p. 324.

KLARE, Karl, “La política en la Crítica de Duncan Kennedy”, traducción propia, en *Cardozo Law Review*, Volumen 22, 2000-2001, pp. 1073-1074, consultado en <http://heinonline.org>.

KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, 2a e., México, ed. Fondo de Cultura Económica, 1970.

LABASTIDA, Jaime, *El edificio de la razón*, México, ed. Siglo XXI, 2007.

LANDEIRA, Ricardo, “Notas pre-analíticas sobre una elegía de Friedrich Hördelin”, publicado en Capurro, Rafael (Trad.), Cuaderno de psicoanálisis freudiano, Montevideo, Primavera de 1983, p. 17, [www.capurro.de/pan.htm](http://www.capurro.de/pan.htm)

LEGENDRE, Pierre y Goodrich, Pierre, *Psicoanálisis y derecho*, Colombia, ed. Siglo del Hombre, 2017.

LOCKE, John, *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil*, México, Porrúa, 1999.

LÓPEZ VILLAFANE, Víctor, *La formación del sistema político mexicano*, 5ª ed., Siglo XXI, México, 2005, p. 26.

LÓPEZ NORIEGA, SAÚL, *La Suprema Corte y su proceso de decisión: ni transparencia ni calidad deliberativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Ribinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2006.

MAN, Paul de, Visión y Ceguera. *Ensayos sobre la retórica de la Crítica Contemporánea*, Puerto Rico, ed. Universidad de Puerto Rico, 1991.

MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, ed. Fondo de Cultura Económica, 2008.

Mendoza García, Jorge, “La tortura en el marco de la guerra sucia en México: un ejercicio de memoria colectiva”, en *Polis* 2011, vol. 7, número 2, pp. 139, <http://www.scielo.org.mx/pdf/polis/v7n2/v7n2a6.pdf>

MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, 15ª e., México, Porrúa, 2000.

NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, España, ed. Ariel, 2004.

NIETO, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídica en materia electoral. Una propuesta garantista*, México, UNAM, 2003, (Serie doctrina jurídica, núm. 155).

OJESTO, Fernando, et. al., (coord.) *Jueces y Política*, México, ed. Porrúa, 2005.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, Misión a México, A/HRC/19/58/Add.2, 20 de diciembre  
[http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.58.Add.2\\_Spanish.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.58.Add.2_Spanish.pdf)

ORUNESU, Claudina, et. al., *Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales*, Fontamara, México, 2005.

PEREDA, Carlos, *Razón e incertidumbre*, México, ed. Siglo XXI, 1994.

PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio, "Critical Legal Studies y el comunitarismo," *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, núm. 17-18, 1995.

---

*El Movimiento Critical Legal Studies*, tesis para obtener el grado de doctor, presentada en la Universidad de Alicante, p. 322, <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/3825>

PÉREZ VÁZQUEZ, Carlos, *Necesidades, intereses y jueces*, UNAM, México, 2006.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

RECASÉNS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1956.

RIBEIRO TORAL, Gerardo, *Teoría de la argumentación jurídica*, Plaza y Valdés, México, 2003.

RÍOS FIGUEROA, Julio, *El Poder Judicial en la transición y consolidación democrática en México*, México, Instituto Federal Electoral, 2004.

RÍOS FIGUEROA, Julio y Helmke, Gretchen (coords.), *Tribunales Constitucionales en América Latina*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2010.

RIVERA LEÓN, Mauro Arturo, "Ecos del argumento contramayoritario", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 22, México, enero-junio de 2010, p. 235, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El Contrato Social*, México, Editores Mexicanos Unidos, 2002.

- RUIZ MANERO, Juan, *El juez y las lagunas del derecho*, UNAM, México, 2007.
- SAGÜES, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Argentina, ed. Astrea, 2001.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, FCE-UNAM, México, 2006.
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la constitución*, España, ed. Tecnos, 1998.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Memoria del Seminario de Argumentación Jurídica*, SCJN, México, 2006.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, UNAM, México, 2004.
- THURY CORNEJO, Valentín, *Juez y división de poderes hoy*, Buenos Aires, ed. Ciudad Argentina, 2002.
- TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, México, 2ª e., 11ª reimpr., México, ed. Fondo de Cultura Económica, 2001.
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Índice de Percepción de la Corrupción 2017*, <https://imco.org.mx/temas/indice-percepcion-la-corrupcion-2017-via-transparencia-internacional/>.
- VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Corte, jueces y política*, México, ed. Fontamara-Nexos, 2007.
- VIGO, Rodolfo Luis, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Abeledo-Perrot, Argentina, 2006.
- WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- WESTON, Anthony, *Las claves de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 1992.
- WORLD JUSTICE PROJECT, *Índice de Estado de derecho 2017-2018*, <https://imco.org.mx/temas/indice-estado-derecho-2017-2018-via-world-justice-project/>.
- WROBLEWKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, España, Biblioteca Civitas, 1985.
- ZAGREBLESKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. 2ª e., España, Trotta, 1997.

ZAMBRANO, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, UNAM, México, 2009.

ZULETA, Hugo, *Razón y Elección*, Fontamara, México, 1998.

## LEGISLACIÓN Y TRATADOS

Acta Constitutiva y de Reformas 1847, México,  
[http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const\\_mex/reformas-1847.pdf](http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/reformas-1847.pdf)

Constitución Política de 1857, México,  
[http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const\\_mex/const\\_1857.pdf](http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1857.pdf)

Constitución de los Estados Unidos de América de 1787,  
[http://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/USConstitution\\_Spanish.pdf](http://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/USConstitution_Spanish.pdf)

Constitución de 1824, México,  
[http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const\\_mex/const\\_1824.pdf](http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1824.pdf)  
Jurisprudencia y decisiones judiciales

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Convención sobre los Derechos del Niños.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Ley de Amparo

## JURISPRUDENCIA Y DECISIONES JUDICIALES

Amparo en Revisión 237/2014 resuelto el 4 de noviembre de 2015,  
[http://www2.juridicas.unam.mx/marihuana-caso-mexico/wp-content/uploads/2016/02/Voto\\_-Jorge-Mario-Pardo-Rebolledo.pdf](http://www2.juridicas.unam.mx/marihuana-caso-mexico/wp-content/uploads/2016/02/Voto_-Jorge-Mario-Pardo-Rebolledo.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Expediente Varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011.

Expediente Varios 1396/2011,

Human Rights Watch, "Human Rights in Mexico: A policy of impunity", New York, June 1990, p. 29 y ss., <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/Mexico906.pdf>

Tesis P.LXXVIII/1999, Novena época, T. LX, número de registro 192867, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, noviembre de 1999, p. 46 cuyo rubro es "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL".

Versiones taquigráficas de las sesiones públicas de 31 de agosto, 2, 6 y 7 de septiembre de 2010, 5, 7, 11, 12 de julio de 2011, 23 de abril de 2015, 11 de mayo de 2015.