



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE MÉXICO

POSGRADO EN DERECHO

LA DEMOCRACIA EN LA  
DESIGNACIÓN DE LOS MINISTROS  
DE LA SUPREMA CORTE DE  
JUSTICIA DE LA NACIÓN EN  
MÉXICO

T E S I S  
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE  
MAESTRO EN DERECHO  
P R E S E N T A  
RAÚL HERNÁNDEZ MARTÍNEZ

TUTOR: DR. GONZALO LEVI OBREGÓN SALINAS

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES  
A C A T L Á N  
SANTA CRUZ ACATLÁN, NAUCALPAN DE  
JUÁREZ, ESTADO DE MÉXICO, NOVIEMBRE, 2023



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

## CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	1
CAPITULO PRIMERO. LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y SU RELACIÓN CON LA DEMOCRACIA .....	5
I. EL ESTADO LEGISLATIVO Y LA IDEA DE LA JUSTICIA COMO LEY.....	8
1. La incidencia presidencial en el estado legislativo.....	15
2. El congreso y su relación con la impartición justicia en el estado legislativo .....	17
II. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y LA JUSTICIA DIRECTA DESDE LA CONSTITUCIÓN .....	22
III. INTERACCIÓN ENTRE ESTADO Y DEMOCRACIA .....	27
1. Democracia de la voluntad general o contractualista .....	31
2. Democracia constitucional .....	34
3. Democracia deliberativa .....	35
CAPÍTULO DOS. REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DESIGNACIÓN DE MINISTROS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN RELACIÓN CON LA DEMOCRACIA Y EL DERECHO DE LOS CIUDADANOS A PARTICIPAR EN LA DIRECCIÓN DE ASUNTOS PÚBLICOS.....	39
I. LA DEMOCRACIA EN EL RANGO CONSTITUCIONAL .....	40
1. La democracia como estructura jurídica en la integración de los Poderes de la Unión.....	40
A. La integración de los Poderes Legislativo y Ejecutivo Federales.....	41
B. La integración parcial del Poder Judicial de la Federación normada en la Constitución.....	43
a. La conformación de la terna.....	44
b. La aprobación del Senado de alguno de los integrantes de la terna....	50
2. La democracia como régimen político .....	54
3. La democracia como un sistema de vida.....	56

II. LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DE LA DEMOCRACIA COMO RESTRICCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS .....	58
III. LA PARTICIPACIÓN EN LA DIRECCIÓN DE ASUNTOS PÚBLICOS COMO DERECHO LIMITADO EN LA CONSTITUCIÓN.....	61
CAPÍTULO TRES. LOS PROCESOS DE SELECCIÓN Y NOMBRAMIENTO DE LOS MINISTROS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.....	65
I. LIBERTAD, CONTROL E IGUALDAD DEL PODER POLÍTICO EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE MINISTROS .....	71
1. Libertad.....	73
A. Libertades individuales.....	73
B. Estado de derecho .....	76
C. Esfera pública .....	78
2. Control .....	80
A. Competencia.....	80
B. Restricciones mutuas entre los poderes constitucionales.....	82
C. Capacidad gubernamental.....	84
3. Igualdad.....	86
A. Transparencia .....	86
B. Participación.....	89
C. Representación.....	91
II. CONDICIONES GENERALES DE IGUALDAD PARA ACCEDER AL CARGO DE MINISTRO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN .....	93
III. CRITERIOS OBJETIVOS .....	94
IV. FALTA DE REPRESENTATIVIDAD .....	96
CAPÍTULO CUATRO. LA INEFICACIA DEMOCRÁTICA EN LA DESIGNACIÓN DE LOS MINISTROS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.....	98
I. LA DESIGNACIÓN DIRECTA A CARGO DE EJECUTIVO EN TRASGRESIÓN AL DERECHO DE PARTICIPACIÓN NO SELECTIVA.....	107

II. LA NECESIDAD DE REQUISITOS ADICIONALES QUE GARANTICEN IDONEIDAD.....	114
III. EL PROCESO PÚBLICO DE SELECCIÓN COMO MEDIO DE CONFORMACIÓN DEMOCRÁTICO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.....	114
1. Inclusión de mecanismos de representación de género e interculturalidad. ....	117
2. Evaluación de antecedentes profesionales y académicos.....	118
3. Posibilidad de impugnación de candidatos. ....	118
CONCLUSIONES .....	120
BIBLIOGRAFÍA. ....	125

Agradezco el apoyo brindado por el Consejo Nacional de Ciencia y  
Tecnología

Espero retribuir a la sociedad la inconmensurable ayuda de la Universidad  
Nacional Autónoma de México para formarme como profesionista

Reitero mi gratitud con el Doctor Gonzalo Levi Obregón Salinas por los  
esfuerzos realizados para que yo pudiera completar esta investigación

Quiero hacer patente la colaboración del Doctor Manuel Atienza Rodríguez,  
y del departamento de filosofía del derecho de la Universidad de Alicante, para  
obtener nuevas perspectivas en beneficio de esta investigación durante mi  
estancia en esa institución

Reconozco la confianza y ayuda de Facundo, Alán y su familia, por  
recibirme en su hogar y ayudarme en un viaje que me ha dejado grandes  
experiencias

No olvidaré las importantes lecciones que recibí de mis compañeros de  
generación durante estos dos últimos años

Karen, has sido un motivo de impulso para continuar, aun en los momentos  
de duda

A Yolanda, Raúl, Mirna y Marlen, todo lo positivo que pueda lograr se lo  
debo a ustedes

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda el tema de la exclusión de procesos de selección democráticos en la designación de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México, quienes integran el órgano jurisdiccional de mayor jerarquía en el Poder Judicial de la Federación y realizan las funciones de control e interpretación constitucional.

El procedimiento actual de designación de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación está caracterizado por dos etapas: I. Formación de la terna de candidatos al arbitrio del Presidente de la República (artículos 89, fracción XVIII, y 96 Constitucional); y II. Designación de Ministros por el Senado, de entre los integrantes de esta terna (artículos 76, fracción VIII, y 96 Constitucional).

Este modelo permite, con gran discrecionalidad, al Presidente de la República la conformación de la terna de quienes ocuparán el cargo, únicamente con la obligación de atender los requisitos establecidos en el artículo 95 Constitucional, con lo cual se posibilita la selección de candidatos afines al Ejecutivo.

Como consecuencia de lo anterior, el procedimiento es cerrado pues no permite la participación ciudadana para elegir a quienes ocuparán el cargo de Ministro e, igualmente, no posibilita que terceras personas compitan por el cargo a pesar de que llegasen a cumplir con los requisitos establecidos para ello y, finalmente, tampoco prevé mecanismos para que su conformación refleje la composición social nacional.

La investigación de esta problemática comenzó a causa del interés por verificar si sacrificar los métodos democráticos de nombramiento de los integrantes de la Suprema Corte efectivamente garantiza la independencia, imparcialidad y capacidad que deben ostentar los Ministros para no representar los intereses de grupos, sino del imperante estado de derecho.

Por otra parte, el interés académico para establecer si, desde un punto de vista teórico y normativo, el Poder Judicial puede considerarse como democrático

o si esta característica únicamente corresponde a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, quienes se integran mediante un proceso de democracia electoral.

Finalmente, esta investigación representa un interés profesional pues, como promotor de juicios de amparo en mi actividad laboral, el conocer con precisión la legitimidad que el tribunal constitucional tiene, no solo para interpretar la Constitución, sino también para expulsar las normas secundarias del orden jurídico nacional en contra de las decisiones emanadas del Poder Legislativo, quien tiene la representación popular, lo que permitirá conocer su naturaleza y alcances.

En el marco de los paradigmas del Estado legislativo y constitucional de derecho, la investigación se realizó con apoyo del método histórico de investigación, que sirvió para obtener el desarrollo y grado de constitucionalización del sistema jurídico mexicano, así como las circunstancias que llevaron a México a tener el actual modelo de designación de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Adicionalmente, se hizo uso del método sistemático de investigación, con la captura de los presupuestos establecidos en la Constitución mexicana para la designación de los Ministros; así como en los tratados internacionales y recomendaciones de organizaciones internacionales; para posteriormente, con el uso del método analítico, ordenar y describir de forma coherente las actuaciones del Presidente y del Senado de la República, que permiten ejecutar este procedimiento.

Los métodos deductivo e inductivo permitieron analizar los posibles escenarios para México en caso de hacer uso de mecanismos democráticos en la designación de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, específicamente, con la inclusión de mecanismos para posibilitar la participación ciudadana en el procedimiento, en condiciones de igualdad, idoneidad, publicidad y transparencia; así como la integración de este tribunal constitucional con perspectiva de género e interculturalidad.

## Objetivo General

Analizar el derecho humano de participación en asuntos públicos y el Estado democrático en México, por medio del estudio de las teorías del estado constitucional de derecho y la democracia deliberativa en correlación con los ordenamientos nacionales e internacionales en la materia; a fin de determinar su ejercicio efectivo en el proceso de designación en México de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación durante el periodo 1994-2019.

## Objetivos Específicos

1. Analizar los elementos característicos de las teorías de la democracia, el estado de derecho y su incidencia en el derecho de participación en la dirección de asuntos públicos.

2. Analizar los diversos ordenamientos nacionales e internacionales vigentes relativos a los principios de democracia y representatividad, así como, en abstracto, al derecho de participar en la dirección de asuntos públicos y su aplicación en la designación de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México.

3. Describir la estimación democrática en la designación de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación durante el periodo 1994-2019 en México.

4. Proponer mecanismos democráticos para la designación de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México.

Para ello, en el primer capítulo I se expondrán las características de la impartición de justicia en el estado legislativo de derecho y su transición al constitucional de derecho. Asimismo, se presentarán las particularidades de las teorías de la democracia contractualista, constitucional y deliberativa.

Más adelante, en el capítulo II se hacen notar las particularidades del procedimiento de designación de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establecido en la Constitución mexicana, así como la regulación de la democracia y del derecho de participación en la dirección de asuntos públicos desde un aspecto constitucional y convencional.

A continuación, en el capítulo III, se hará una descripción de la problemática que representa el proceso de selección y nombramiento de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desde diversos indicadores que miden la calidad de la democracia en los Estados.

En último lugar, en el capítulo IV se verificará si el proceso de designación de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México, vulnera el derecho de participación en la dirección de asuntos públicos y si corresponde con las características de un Estado democrático. Suplementariamente, se presentarán algunas propuestas para la implementación de mecanismos democráticos en el mismo procedimiento.

## CAPITULO PRIMERO. LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y SU RELACIÓN CON LA DEMOCRACIA

El estudio de todo sistema jurídico debe partir de la revisión de cómo una sociedad considera que las leyes con las que cuenta tienen el carácter de obligatorias y, por ende, que los sujetos deben cumplir los preceptos que en ellas se contienen; la respuesta a esta interrogante ha sido objeto de diversos estudios para identificar el origen de la normatividad.

En ese sentido, es necesario visualizar un escenario previo al establecimiento de un sistema de normas en el cual, consecuentemente, se debe explicar el surgimiento de lo normativo desde lo no normativo; ante ello, Robert Brandon señala como punto de partida en la creación de un sistema de normas, la función de las sanciones para reforzar las conductas humanas.

Pero está claro que las sanciones por sí solas sólo puede explicar el surgimiento, tanto en los humanos como en otros animales superiores, de regularidades de comportamiento –como puede ser la respuesta mecánica y siempre igual a un determinado estímulo- y, en el mejor de los casos, un simple actuar de conformidad con una norma, pero no puede explicar un actuar conforme al *concepto* de una norma.<sup>1</sup>

En contraste, Hart expone que un sistema de normas parte de la identificación de una regla que por sí sola se considere socialmente obligatoria, a la que denomina la regla de reconocimiento, y que sirve de marco para el resto de las normas. De esta forma, si “se plantea la cuestión sobre si una cierta regla es jurídicamente válida, para resolverla debemos usar un criterio de validez suministrado por alguna otra regla”<sup>2</sup>.

Esta regla de reconocimiento es el cimiento de todas las demás normas integrantes del sistema, sin importar que “puede ser relativamente simple (<<Lo que el rey manda es derecho>>) o sumamente compleja (la constitución de los

---

<sup>1</sup> Fabra, Pere, *Habermas: lenguaje, razón y verdad*, España, Marcial Pons, 2008, p. 312.

<sup>2</sup> Hart, Herbert Lionel Adolphus, *El concepto de derecho*, 3ª. ed., trad. de Genaro R. Carrió, Argentina, Abeledo-Perrot, 1963, p. 133.

Estados Unidos, con todas sus dificultades de interpretación, puede ser considerada como una regla única de reconocimiento)<sup>3</sup>”.

De esta manera, la regla de reconocimiento se traduce en “los fundamentos de un sistema jurídico que se da cuando la mayoría de un grupo social obedece habitualmente las órdenes respaldadas por las amenazas de la persona o personas soberanas<sup>4</sup>”, pues ese soporte, en que se convierte la regla de reconocimiento, no proviene, como en el resto de las normas, de una ulterior pauta legal.

Así, la regla de reconocimiento es distinta a cualquier otra norma del sistema, pues su respaldo no es formal, sino que proviene de la práctica social que la considera como obligatoria, por lo cual necesita de la legitimidad para su existencia; mientras que las normas que derivan de ella únicamente requieren haber sido emitidas conforme al procedimiento que legislativo que ella misma establece.

Una imputación jurídico-normativa es válida, es decir, es obligatoria, existe jurídicamente, cuando su establecimiento se ha ajustado al procedimiento de creación previsto en otra norma superior. A su vez, la validez de ésta última tiene que poder ser referida a otra norma que establezca, por su parte, el procedimiento de creación de las normas inferiores. Así, hasta llegar a una norma fundamental cuya validez no pueda fundarse en una norma ulterior y, que por tanto, constituya la imputación básica a la cual deba referirse la validez última de todas las normas del sistema que por esa razón se encuentra constituido por ella. La norma fundamental es la constitución...<sup>5</sup>

Al analizar la regla de reconocimiento, Hart denomina norma primaria a aquella que establece la última consecuencia de derecho y de contacto con el ciudadano, mientras que llama norma secundaria a la regla de reconocimiento,

---

<sup>3</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Martha I. Gustavino, España, Editorial Planeta, 1993, p. 70.

<sup>4</sup> Hart, Herbert Lionel Adolphus, *op. cit.*, p. 125.

<sup>5</sup> Berumen Campos, Arturo, *El derecho como sistema de actos de habla, elementos para un teoría comunicativa del derecho*, México, Porrúa, 2010, p. 37.

como la Constitución. Ello, en atención a que su apreciación parte desde la perspectiva del gobernado y su experiencia jurídica.

A ello contribuye, que las normas con un mayor grado de especificidad y de aplicación práctica no contienen, de forma expresa, la referencia a la regla de reconocimiento, a pesar de que parten de ella. En ese sentido, para descubrir ésta, requiere realizarse un análisis del orden normativo en su conjunto, y no en lo particular.

Máxime, si se toma en consideración que la regla de reconocimiento a la que Hart se refiere puede ser o no formal, dado que su importancia es originalmente sociológica, aunque de ahí parte la conformación del sistema jurídico que se analice.

Ello en contradicción con el sistema empleado por Kelsen, que denomina norma primaria a aquella que da origen al sistema, por ocupar el escalafón superior en la jerarquía de las Leyes por él especificada; en tanto que la última en la cadena de proposiciones resulta ser la secundaria.<sup>6</sup>

Ahora bien, el estado de derecho tiene diversas acepciones, puesto que “fue concebido como el Estado sometido al Derecho. El Estado cuyo ejercicio de poder está regulado y limitado por la ley; el Estado donde existe el imperio de la ley; el Estado controles y regulaciones para gobernantes y gobernados claramente señaladas en la ley positiva.”<sup>7</sup>

En este contexto, existen tres paradigmas teóricos que identifican *grosso modo* las normas de reconocimiento en el Estado de derecho, de acuerdo con la caracterización concebida por Luigi Ferrajoli: el primer modelo es el del derecho

---

<sup>6</sup> Véase Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1979, p. 66.

<sup>7</sup> Castellanos Goût, Milton Emilio, *Del estado de derecho al estado de justicia*, México, Porrúa, 2009, p. 43.

jurisprudencial, el segundo es el legislativo y el tercero es el constitucional o neopositivista.<sup>8</sup>

El primer modelo es el del derecho *jurisprudencial* premoderno. Según este, que refleja la experiencia histórica del derecho romano y del derecho común hasta la época de las codificaciones, es el derecho, al no existir un monopolio incontestado de la producción normativa ejercido por fuentes predeterminadas, consiste principalmente en un patrimonio de máximas, categorías, principios y precedentes judiciales transmitido por la cultura y la práctica jurisprudencial y doctrinal.<sup>9</sup>

Contrario a lo afirmado por Ferrajoli, Dworkin asevera que el modelo jurisprudencial premoderno no puede ser considerado como Estado de derecho, en el entendido de que no existe una norma que otorgue autoridad al orden legal, puesto que todas ellas derivan del reconocimiento social que las considera obligatorias.

Las comunidades primitivas no tienen más que normas primarias, que son obligatorias debido solamente a las prácticas de aceptación. De tales comunidades no se puede decir que tengan <<derecho>>, porque no hay manera de distinguir un conjunto de normas jurídicas de las otras reglas sociales, como lo exige el primer principio del positivismo.<sup>10</sup>

Dado que en el modelo jurisprudencial no existe una norma de reconocimiento que estudiar, no puede formar parte de un estudio que parte de la concepción del Estado de derecho, como lo es el presente, por lo cual, dicho paradigma no será abordado más profundamente, sino que se limitará al estudio de los Estados Legislativo y Constitucional de derecho.

## I. EL ESTADO LEGISLATIVO Y LA IDEA DE LA JUSTICIA COMO LEY

El Estado, está íntimamente ligado a su organización política, como forma de distribución del poder. Ahora bien, la forma que reciba dicho contingente de poder

---

<sup>8</sup> Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos, el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Italia, Trotta, 2014, pp. 17-19.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>10</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 70.

determinará su estructura institucional, funcionamiento, regulación y su interacción con los ciudadanos, a quienes impone normas de conducta al reservar para sí el monopolio legislativo.

En ese sentido, la mayor responsabilidad que se le otorga al Estado consiste, más que en darle el carácter de “soberano capaz de ejercitar la coacción”<sup>11</sup>, en otorgarle la facultad exclusiva de emitir normas que reconozcan derechos o impongan obligaciones a los ciudadanos.

Cuando esa distribución de poder recae principalmente en su Congreso, al asignarle la tarea, por lo menos de manera estrictamente formal, de creador de las normas que, si bien dependen de la Constitución, resultan necesarias para hacer efectivos los derechos que en ésta última se consignan, se le considera como Estado Legislativo o Estado Legal de Derecho.

El auspicio de esas ideas hizo que el papel del legislador quedara en primera plano y que la gran mayoría de los preceptos constitucionales fueran considerados de resultado o efecto diferido, esto es, “normas que no adquieren eficacia sin la previa creación de otras que son la condición necesaria de eficacia”.<sup>12</sup>

En este escenario la Ley resulta de vital importancia, no sólo en el sistema normativo, sino también en el ámbito social, puesto que es vista como un instrumento para hacer justicia e, incluso, como la justicia misma al consistir en “el máximo medio para lograr paz social”<sup>13</sup>. Si bien, existen diversos conceptos sobre la palabra justicia, vale la pena rescatar la concepción que de ella enuncia Rawls:

La concepción de la justicia que quisiera desarrollar puede enunciarse mediante los dos principios siguientes: primero, cada persona que participa en una práctica, o que se ve afectada por ella, tiene un igual derecho a la más amplia libertad compatible con una similar libertad para todos; y segundo, las desigualdades son arbitrarias a no ser que pueda razonablemente esperarse que redundarán en provecho de todos, y

---

<sup>11</sup> Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991, p. 49.

<sup>12</sup> Carpizo, Enrique, *Del estado legal al constitucional de derecho*, México, Porrúa, 2015, p. 9.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 5.

siempre que las posiciones y cargos a los que están adscritas, o desde los que pueden conseguir, sean accesibles a todos.<sup>14</sup>

Antes que el Kelsen ya había establecido que doctrina sobre el derecho natural, en el que estableció que: “Por encima del Derecho positivo imperfecto creado por el hombre, existe un Derecho natural perfecto (absolutamente justo) establecido por una autoridad divina. Por tanto, el derecho positivo queda justificado y es válido en la medida en que corresponde al derecho natural.”<sup>15</sup>

Este reconocimiento proviene de la idea de que las normas, en un régimen democrático, son creadas por representantes del pueblo mismo, por lo que son los propios gobernados quienes se imponen a sí mismos, las pautas de conducta que deben seguir, para conseguir el bien. Creencia a la que Ferrajoli se resiste al considerarla una falacia ideológica:

Quiero subrayar aquí dos falacias ideológicas que normalmente acompañan a esta concepción solo formal y que consisten en una indebida connotación axiológica de tipo sustancial o de contenido asociada a las formas de la democracia política: de un lado la justicia, es decir, la idea de que el poder del pueblo sea un poder bueno y justo, y, del otro, el autogobierno que resultaría garantizado por tales formas.<sup>16</sup>

Kelsen, da otra razón para desechar la idea de que la Ley es justa automáticamente al ser emitida por el Congreso, representante del pueblo, al afirmar que dicha la representación es una ficción puesto que “en las constituciones de las democracias <<representativas>>, el pueblo está excluido en principio de la legislación, la cual se encomienda al parlamento elegido por él. Aquí no hay una regla positiva que llame al pueblo a legislar...”<sup>17</sup>.

Lo cual, este último autor reconoce como una ventaja técnica de división del trabajo pero que indudablemente “tiene finalidades políticas. Ocultando la realidad jurídica, quiere hacer creer a aquellos a los que la constitución aleja de la función

---

<sup>14</sup> Rawls, John, *Justicia como equidad*, trad. de M. A. Rodilla, España, Tecnos, 2012, p. 79.

<sup>15</sup> Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, España, Editorial Trotta, 1966, p. 57.

<sup>16</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 36.

<sup>17</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 401.

legislativa...”<sup>18</sup> Con lo que se descarta que la Ley, al ser emitida por el Congreso representante del pueblo, adquiera por sí sola la característica de justa y que, invariablemente, pueda ser una expresión de justicia.

La posible injusticia de las normas es el precio pagado a los valores de la certeza del derecho, la igualdad ante la ley, la libertad frente al arbitrio y la sujeción de los jueces al derecho, que asegura este modelo. Se entiende así que el *positivismo* es la filosofía del derecho que se afirma en correspondencia con esta experiencia.<sup>19</sup>

En estas condiciones, un ciudadano comúnmente se acerca a la experiencia jurídica a través de los derechos, permisos y obligaciones contenidos en la legislación que imagina, al menos en principio, como justa; sin analizar las cadenas de proposiciones que comienzan con la Ley que le será aplicada y que culminan en la norma de reconocimiento.

Esta aproximación se realiza con la norma que es creada como secundaria, jerárquicamente hablando, y no de forma directa con las descripciones y prescripciones contenidas en la Constitución, debido a que si bien ésta ocupa el primer nivel en el escalafón del sistema jurídico; no regula el procedimiento para ejercitar los derechos que no tengan el carácter de fundamentales.

Ello es lo que caracteriza al Estado Legislativo de derecho, la exigencia de crear normas derivadas de la regla de reconocimiento que permitan el ejercicio de los preceptos consignados en ella, como se puede apreciar de la descripción que Ferrajoli realiza sobre este modelo:

El segundo modelo es el *legislativo* o *páleo-positivista*, introducido con esa primera revolución institucional que fue la afirmación del monopolio estatal de la producción normativa. Según él, cuya norma de reconocimiento es el *principio de legalidad*, las normas existen porque han sido producidas y no porque se las deduzca. Se trata de sistemas normativos susceptibles de ser caracterizados, según el léxico kelseniano, como *nomodinámicos*. En efecto, pues, en ellos, la existencia y la validez de la norma se reconocen por su *forma* de producción, y no por sus contenidos.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> *Ibídem*, p. 402.

<sup>19</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pp. 18-19.

<sup>20</sup> *Ibídem*, pp. 18-19.

En esa misma tesitura, puede deducirse que la Constitución indica, en primer lugar, los límites a los que debe constreñirse el actuar del Estado como contingente de la soberanía y el uso de la fuerza que monopoliza mientras que, por otra parte, determina cuáles son los derechos reconocidos a los ciudadanos, en su propio texto, lo que, por cierto, los caracteriza como fundamentales.

Con lo cual, para conocer el *cómo* ejercitar esas prerrogativas constitucionales sería necesario primero acudir a la legislación secundaria creada por el Congreso y en caso de violación, al acudir a la tutela jurisdiccional, se requerirá primero ventilar cuestiones de legalidad antes que exponer temas de constitucionalidad.

En el vacío entre la aprobación de la ley y su rígida ejecución no hay lugar para otros poderes distintos al legislativo. Y esto no solo es válido frente al poder judicial, que queda totalmente despolitizado por la revolución y reducido, por lo tanto, a la función de mero ejecutor de la ley. El carácter monista de las constituciones revolucionarias, y propio en particular de las radicales, también actúa de hecho contra el ejecutivo.<sup>21</sup>

Ante ello, es evidente que en el Estado Legislativo la norma constitucional no se encuentra cercana al ciudadano, puesto que no es accesible su ejercicio sin la positivización de su contenido en otra norma de carácter legal, aunque sea creada bajo los cánones establecidos en la norma fundamental y obtenga su reconocimiento de ella.

Lo que caracteriza al Estado Legislativo de derecho es, a su vez, su principal crítica, puesto que no permite el ejercicio de forma directa de los derechos que se consignan en la regla de reconocimiento, sino existe una segunda norma que lo reglamente, con lo cual, ante una omisión del Congreso de legislar un derecho, éste se hace nulo.

Reitero, uno de los rasgos esenciales del Estado Legal es la influencia de la ley como medio exclusivo para hacer justicia. Si bien la Norma Suprema establece la forma del Estado, el sistema de gobierno y reconoce una serie de derechos y obligaciones, lo cierto es que su practicidad debía ser acorde a una tendencia *iuspositivista* un

---

<sup>21</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo, experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Italia, Trotta, 2014, pp. 85-86.

derecho de la persona obligación estatal, el ser humano no podía impugnar esa omisión o reclamar al existencia de un acto o abstención a partir de una lectura congruente y a favor de la persona o grupo vulnerable.<sup>22</sup>

Aún con las limitantes antes precisadas, el Estado Legislativo trajo consigo una transformación en la concepción del control de la actuación del Estado frente a sus ciudadanos, puesto que se fundó en los principios de la dignidad humana, la autonomía y la inviolabilidad de las personas<sup>23</sup>, los cuales caracterizan a la concepción liberal del Estado.

De esta forma, para Elías Díaz, en un Estado de Derecho se debe insistir en dos cuestiones: primero, los derechos humanos se deben concretar y hacer efectivamente vigentes a través de su protección formalizada e institucionalizada en el ordenamiento jurídico positivo, pues, de lo contrario, sólo serán “grandes palabras”; segundo, los mecanismos socioeconómicos se deben dirigir y planificar con vistas a lograr para todos los hombres la realización efectiva material de esos derechos.<sup>24</sup>

Lo anterior refleja que el individuo constituye el valor primordial que protege el Estado señalado como liberal, puesto que fija inmunidades, lo que significa que tanto el Estado, como otros sujetos, deben abstenerse de interferir o violar las libertades personales.

En el Estado Liberal de Derecho la ley no podía ayudar a los individuos para la consecución de sus fines o la satisfacción de sus necesidades, sino que tan solo debía garantizar una ordenada competencia. En él, el legislador tenía que saber autolimitarse, porque la limitación de los poderes públicos incrementaba la libertad y los derechos de los ciudadanos.<sup>25</sup>

La existencia de una Constitución que enmarca los límites de la actuación del Estado en su propio contenido y a las normas que de ella emanan, crea el

---

<sup>22</sup> Carpizo, Enrique, *op. cit.*, pp. 8-9.

<sup>23</sup> Cfr., Santiago Nino, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de Roberto P. Saba, España, Gedisa, 1997, p. 82.

<sup>24</sup> García Ricci, Diego, *op. cit.*, p. 39.

<sup>25</sup> Galiana Saura, Ángeles, *La legislación en el estado de derecho*, España, Dykinson, 2003, pp. 26-27.

escenario para el establecimiento del principio de legalidad, puesto que permite evitar la arbitrariedad en el uso del poder público en contra de los administrados.

Por otra parte, esta necesidad de crear normas secundarias para regular el cómo ejercitar los derechos consignados en la Constitución, evolucionó para convertirse en una tendencia de crear un número cada vez mayor de leyes generales, que a su vez requirieron de otras denominadas particulares para dar mayor detalle al contenido de su antecesora.

Así pues, el Estado Legislativo de derecho, se caracteriza por la creación permanente de normas, así como la modificación de las ya existentes, por considerarlas un requisito del Estado Legal de derecho, tendencia que incluso alcanza a la Constitución.

La codificación aumentó los niveles de normatividad a detalle, esto es, leyes con hipótesis descriptivas de actos comúnmente realizados por la sociedad, lo cual trajo consigo que las normas tuvieran que codificarse para incluir más detalles sobre relaciones comerciales, civiles, penales, entre otras, tendencia que alcanzó la propia Constitución, dado el interés de la sociedad en abolir todo tipo de intervención del Estado basado en dogmas del tipo natural, lógicos o religiosos; la gente pedía condenas o sanciones basadas en normas o leyes previamente expedidas y se acostumbró a demandar con fundamento en norma expresa *cuta* interpretación literal les diera la razón.<sup>26</sup>

Por ello, Carpizo considera que una Constitución flexible es un signo del Estado Legislativo, que permite la modificación normativa permanente para que coincida con el referente de lo que se considera como justo socialmente en un determinado momento, lo que incluye el contenido de la norma fundamental. Al igual que él, Ferrajoli reflexiona que:

En la concepción del primer *estado legislativo* de derecho, no dotado de constituciones rígidas, sino a lo sumo de constituciones flexibles, el fundamento del Estado se expresaba con fórmulas del tipo organicista y vagamente metafísico; el cuerpo social, la nación, la voluntad general, el *demos*, el pueblo soberano, el espíritu del pueblo y similares, del que la esfera pública se consideraba expresión política.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Carpizo, Enrique, *op. cit.*, p. 13.

<sup>27</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 21.

Por lo aquí expuesto, es posible concluir que el Estado Legislativo no cuenta con un instrumento de control de Constitucionalidad de la legislación secundaria emitida y, por ende, únicamente puede hablarse de un control de validez de la norma, cuando corresponda con el procedimiento legal para su creación.

### 1. *La incidencia presidencial en el estado legislativo*

Como se mencionó anteriormente, en el Estado Legislativo, el Congreso es quien concentra la función principal de la creación de normas que permitan el funcionamiento de los límites impuestos al Estado y el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, sin embargo, se acotó que dicha importancia era calificada como formal.

Lo anterior, dado que “una buena parte de la legislación en sentido material ha de ser llevada a cabo por el Ejecutivo; e incluso la mayor parte de la legislación formal –esto es, normas con rango de ley aprobadas por el Parlamento–, tiene su origen en proyectos de ley presentados por el Gobierno”<sup>28</sup> en el establecimiento de sus políticas públicas.

Esta situación resulta congruente si se considera que las políticas públicas son “una forma particular de decidir y ejecutar las acciones de gobierno... [En el entendido que]...cualquier gobierno buscará resolver los problemas de sus ciudadanos”<sup>29</sup> para lo cual puede ser necesario la reforma del marco legal existente.

En ese sentido, la supremacía del Legislativo resulta aparente porque si bien de él, emanan formalmente las leyes que regulan a la sociedad y al funcionamiento del Estado, conforme al diseño institucional consignado en la Constitución, su control metaconstitucional puede ser usurpado por algún otro poder formal o de facto como sucedió, por ejemplo, en Alemania con la llegada de Adolfo Hitler al poder.

---

<sup>28</sup> Galiana Saura, Ángeles, *op. cit.*, p. 74.

<sup>29</sup> Arrellano Gault, David y Blanco, Felipe, *Políticas públicas y democracia*, México, Instituto Federal Electoral, 2013, p. 19.

Si para evitar la actuación arbitraria del Estado se impuso la obligación de que éste actuara siempre con fundamento en una disposición legal, bastaría entonces adaptar el contenido de las leyes conforme a los intereses de unos cuantos, para actuar, sí, legalmente, pero con arbitrariedad. Esta gran debilidad alcanzó su máxima notoriedad con la llegada del Nacional Socialismo a Alemania, cuando Adolfo Hitler tomó control del poder legislativo y pudo expedir leyes contrarias a los derechos de los individuos, particularmente, de los judíos.<sup>30</sup>

Aunque, desde otro punto de vista, se puede considerar que el papel del Legislativo continúa siendo primordial dado que, si bien sus funciones son ejercidas parcialmente y de forma material por el Ejecutivo, como alimentador de proyectos de Ley, formalmente las Leyes continúan siendo resultado del proceso legislativo.

Confirma la anterior idea, si se repara en que, en el proceso de creación de las leyes, el Congreso puede modificar o no aprobar el proyecto de creación, reforma, adición, derogación o abrogación normativo, de forma que si el Legislativo lo considera conveniente, puede detener la transformación en Ley de las políticas públicas provenientes del Ejecutivo.

Lo anterior conforma un sano contrapeso al Ejecutivo, sobre todo en un panorama en que existe “la necesidad que las sociedades actuales presentan de sublimar el principio de eficacia favorece, por tanto, la concentración de la capacidad de decisión en un órgano de decisión política unitario y capaz de actuar con el máximo de eficacia y rapidez, que no puede ser otros que el Gobierno.”<sup>31</sup>

Con base en lo hasta aquí expuesto, es necesario afirmar que el Estado Legislativo no tiene como principal desperfecto al Ejecutivo como fuente política para la creación, modificación o eliminación de las normas del sistema jurídico

---

<sup>30</sup> García Ricci, Diego, *Estado de derecho y principio de legalidad*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4869/5.pdf>, p. 43.

<sup>31</sup> Galiana Saura, Ángeles, *op. cit.*, p. 77.

dado que “nadie como el Gobierno conoce las necesidades del Estado, de forma que otra solución cercenaría gravemente las posibilidades de acción del mismo.”<sup>32</sup>

Mientras que la exigencia de la positivización de una norma secundaria para el ejercicio de un derecho reconocido en la Constitución sí representa un inconveniente, dado que este modelo, por sí sólo, requeriría que los derechos ya consignados en la Constitución sea refrendados en las leyes derivadas, de forma que pudiesen aplicarse de forma inmediata, por su forma de producción.

En efecto, pues, en ellos, la existencia y la validez de las normas se reconocen por su *forma* de producción, y no por sus contenidos. *Auctoritas, non veritas facit legem*: ya no es el prestigio de los doctores y tampoco su intrínseca justicia o su racionalidad lo que funda la pertenencia de una norma jurídica a un ordenamiento determinado, sino la autoridad de la fuente. De aquí que la separación de derecho y moral, o de validez y justicia, que no es más que un corolario del principio de legalidad.<sup>33</sup>

En estas condiciones, resulta inadecuada la identidad que se otorgó entre los conceptos de Ley y de Justicia<sup>34</sup>, puesto que en el Estado Legislativo se creó un sistema que únicamente posibilita la determinación de la validez de una norma y, como vimos en el capítulo anterior, no contiene un control sobre si contenido está encaminado a la concepción de justicia prevista en la Constitución, aunque siempre se tiene la expectativa de que la norma sea justa.<sup>35</sup>

## 2. El congreso y su relación con la impartición justicia en el estado legislativo

Como se ha visto, en el Estado Legislativo de derecho la ley se considera, al menos ideológicamente, como una expresión de la justicia, pues es el medio para alcanzar la paz social, a pesar de que, como se ha observado, no existe un examen de justicia en las normas emanadas del proceso legislativo.

---

<sup>32</sup> *Ídem*.

<sup>33</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 19.

<sup>34</sup> Carpizo, Enrique, *op. cit.*, p. 5.

<sup>35</sup> Véase Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia*, trad. de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Italia, Trotta, 2014, pp. 22-26.

Sin embargo, bajo la aspiración de justicia es como parece ser que el constituyente originario obtuvo la oportunidad de crear la regla de reconocimiento y, con ello, la responsabilidad de establecer los derechos fundamentales y la organización del Estado.

Pero dicha tarea no concluyó ahí, puesto que se estableció un Congreso permanente a quien se le facultó no sólo para emitir las normas que derivan de la Constitución, sino que también se le otorgó la posibilidad de modificar los derechos fundamentales a los gobernados, así como sus garantías primarias y secundarias.

Veremos entonces que, mientras que la satisfacción de las expectativas de un sujeto consiste en la obediencia por parte de otro sujeto (que está en relación 'deóntica' con el primero) a las obligaciones y prohibiciones que constituyen las que llamaré sus 'garantías primarias', sus violaciones por desobediencia a esas mismas obligaciones y prohibiciones general, en el derecho positivo, los deberes de repararlas o sancionarlas que constituyen las que llamaré sus 'garantías secundarias'.<sup>36</sup>

Lo que, sumado a que "la práctica de las decisiones judiciales está ligada al derecho y a la ley, la racionalidad de la administración de justicia depende de la legitimidad del derecho vigente"<sup>37</sup>, permite considerar que en el Estado Legislativo de derecho es el Congreso quien asume las responsabilidades de proporcionar justicia a la comunidad que representa, mediante las normas que crea.

Hay que considerar que el legislador es el proveedor de justicia parece no corresponder con las tareas definidas en la separación de poderes, dado que formalmente la tarea de impartir justicia se le asignó al Poder Judicial, pero "en el *État de droit*, esta elaboración habría sido impensable porque habría supuesto

---

<sup>36</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón y Marina Gascón, España, Trotta, 2007, p. 158.

<sup>37</sup> Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez, sobre el derecho y el estado democrática de derecho en términos de teoría del discurso*, 4a. ed., trad. de Manuel Jiménez Redondo, España, Trotta, 2005, p. 311.

privar o, al menos, fijar los límites de una tarea que el legislador reclamaba como suya, absolutamente.”<sup>38</sup>

Con lo cual, la impartición de justicia se reconoció como una extensión de la política al considerar que “La política moderna como fuente primera del derecho nació, pues, con el primer positivismo, correspondiente a la formación del Estado soberano como titular del monopolio de la producción legislativa. El derecho se convierte así en un producto de la política y su principal instrumento de gobierno.”<sup>39</sup>

La anterior afirmación cobra relevancia en los sistemas jurídicos que no sólo tiene un congreso facultado para emitir leyes que deriven de la Constitución, sino que, además, cuentan con las facultades para reformar la propia norma fundamental.

Si bien en el Estado Legal no tuvieron gran aceptación las ideas que plantean diferencias entre el órgano reformados de la Constitución, identificado en México con el nombre de “constituyente permanente”. [...] Bajo esa premisa, por poder constituyente entiendo un órgano legislativo encargado de representar la voluntad del pueblo y de emitir la Norma Base comúnmente denominada Constitución...<sup>40</sup>

La capacidad para reformar la Constitución, en el Estado Legislativo, no se realiza con la finalidad de normativizarla y utilizarla como medio de ejecución de los derechos u obligaciones que ella misma consigna, sino para legitimar el contenido de las normas derivadas.

Lo anterior, dado que las normas primarias tienen a la norma fundamental como referente ideológico y como expectativa de justicia, misma que inminentemente cambiará de acuerdo con la realidad social en determinado momento histórico.

*¿Una justicia absoluta?* Sería incongruente pensar en una idea de la justicia externa al contexto histórico-cultural de la comunidad de derecho para la cual la ley ha de valer como tal; y sería igualmente incongruente la asunción de cualquier concepto

---

<sup>38</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 99.

<sup>39</sup> Ferrajoli, Luigi, *La democracia... cit.*, p. 19.

<sup>40</sup> Carpizo, Enrique, *op. cit.*, p. 40.

absoluto –filosófico, racional o natural- de la justicia. El concepto de justicia nace, cambia, se extingue y es sustituido por otro concepto con el mudar de las culturas.<sup>41</sup>

Como se expuso en el apartado que antecede, existe la posibilidad de que el Congreso emita leyes contrarias u omisas respecto de derechos u obligaciones establecidas en la Constitución, a pesar de que este poder legislativo haya sido formado dentro un régimen que sigue los principios de la democracia representativa.

No obstante que existe una incapacidad de verificar si el contenido de la norma es justo, se debe indagar si existen elementos para inspeccionar la legitimidad del legislador y de su actuar; acerca de ello Zagrebelsky expone:

...si al legislador y a su procedimiento, para el examen de la legitimidad de uno y de otro. En el primer caso se podrá someter a discusión el *ejercicio del poder* legislativo, es decir, el contenido de la ley; en el segundo, el *poder mismo*, es decir, su titularidad y el modo de ejercerlo, es decir, su *legitimidad*, por ejemplo, en relación con las exigencias de una forma de gobierno no corrompida.<sup>42</sup>

En el primer caso, la legitimidad de la labor del legislador consiste en el contenido de la norma, la cual, como se ha expuesto, no puede ser controlada más que en su correspondencia con la regla de reconocimiento y, por ende, puede ser justa o injusta.

En el segundo tópico, es relativo a la manera en que el sujeto obtuvo la autoridad para formar parte en el proceso legislativo, la cual debió sujetarse a las normas establecidas para regular la obtención del cargo, de forma que pueda válidamente considerársele como un representante popular, si se está en el escenario de un régimen democrático.

Asimismo, esta cuestión refiere, a su vez, a la legitimidad del proceso legislativo, es decir, que cumpla con las normas previamente establecidas para la creación de leyes, dependiente de su lugar en la jerarquía de las normas, puesto que deberá obedecer todos eslabones de la cadena de proposiciones, hasta llegar a la regla de reconocimiento.

---

<sup>41</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 28.

<sup>42</sup> *Ibídem*, p. 26.

Sólo cuando este último requisito es satisfecho, y la norma cumpla con los presupuestos previamente establecidos para su creación, puede considerarse como derecho positivo y pueden servir como fundamento para otra de las formas de creación de derecho y la aplicación a casos en concreto por parte de los órganos jurisdiccionales.

Así la norma que convierte en la fuente preponderante para la impartición de justicia pues “La mayoría de las personas entiende que la cuestión judicial casi siempre viene decidida por la doctrinal: que en las democracias razonablemente decentes sólo en los casos más atípicos los jueces se ven obligados a hacer algo más que identificar y aplicar las proposiciones jurídicas verdaderas.”<sup>43</sup>

En este contexto, la impartición de la justicia en el Estado Legislativo se caracteriza por aplicar a casos concretos los presupuestos legales establecidos en las normas derivadas de la norma fundamental, interpretando sólo la voluntad e intención que el legislador expresó al momento de emitir la norma, sin realizar un control sobre la correspondencia del contenido de esta norma con la Constitución.

La figura de operadores judiciales “restringidos” también obedece al principio de imperio o primacía de la ley, en cuyo reinado nadie podía interpretar o distinguir donde el legislador no lo permitiría salvo que la integración de la solución fuera acorde al contexto del enunciado legal, a la intención del legislador o a los hechos históricos que tuvieron en cuenta para crearlo.<sup>44</sup>

Así, a función del órgano jurisdiccional se torna meramente mecánica, al no existir la posibilidad del Juzgador de alejarse del contenido de la norma, ya sea porque resulta contraria a principios generales del derecho o, incluso, por contradecir la Constitución, a pesar de que esta última le sirve como regla de reconocimiento.

---

<sup>43</sup> Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, trad. de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, España, Marcial Pons, 2007, p. 29.

<sup>44</sup> Carpizo, Enrique, *op. cit.*, pp. 18-19.

## II. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y LA JUSTICIA DIRECTA DESDE LA CONSTITUCIÓN

En el Estado Constitucional de derecho, no se deja de lado la visión positivista imperante en el Estado Legislativo, en cuanto a que se continúa con la consideración de que los derechos y las obligaciones son válidos cuando provienen de un procedimiento formal de creación de la norma que los regula.

Con lo cual, el estado constitucional de derecho se aprecia como una evolución más del positivismo jurídico pues “El tercero modelo, en fin, es el constitucional o neo-positivista, que se afirma con un ulterior cambio de paradigma y con una segunda revolución institucional: la subordinación de la legislación misma al derecho, y por eso el pleno desarrollo del estado de derecho como estado constitucional de derecho...”<sup>45</sup>

Sin embargo, el gran cambio surgió al ratificar la subordinación del contenido de estas normas derivadas a la regla de reconocimiento, pero con la novedad de que, en caso de ausencia o contradicción de la Ley a la Constitución, debía aplicarse ésta última de forma directa. Este cambio de paradigma surgió en los Estados Unidos de América, con el fallo *Marbury vs Madison*.

En este relevante caso, un Juez nombrado por el Presidente y ratificado por el Senado, no recibió oficialmente tal nombramiento por la omisión del Secretario de Estado James Madison de certificar el documento, por lo que solicitó a la Suprema Corte un mandamiento para que el Secretario cumpliera con su deber, a pesar de que no existía una ley que reglamentara dicha actuación; petición que finalmente le fue concedida.<sup>46</sup>

Como es sabido a través de los diversos estudios que analizan el origen y evolución del constitucionalismo, precisamente el de corte americano del siglo XVIII fue el primer que a través del famoso caso *Marbury vs Madison* contempló el carácter

---

<sup>45</sup> Ferrajoli, Luigi, *La democracia... op. cit.*, p. 19.

<sup>46</sup> Véase Cienfuegos Salgado, David (compilador), *Marbury contra Madison, una decisión histórica para la justicia constitucional*, México, Editora Laguna, El Colegio de Guerrero, 2005, pp. 17-33.

normativo de la Constitución y que condujo automáticamente a instaurar un control de constitucionalidad de las leyes por el Poder Judicial.<sup>47</sup>

Otorgar a la Constitución un carácter normativo implica que su contenido resulta aplicable de forma general, es decir, para todos los casos; por lo que, en el supuesto de que no exista una norma que regule un derecho en particular, puede reclamarse su cumplimiento a pesar de la ausencia normativa, y en caso de que la Ley se oponga a la norma fundamental, dejará de aplicarse.

Con lo anterior, no puede simplificarse el Estado Constitucional como aquel que le otorga una mayor relevancia a la Constitución en el orden normativo, sino que supone una norma criterios y principios generales de aplicación del derecho que deben respetarse pues “La diferencia entre Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho no sólo radica en la fuerza del instrumento en que ambos basan su ejercicio, la ley o la Constitución, sino en la manera en que el gobierno reconoce y preserva los derechos de sus habitantes y en la forma de ejercer sus facultades.”<sup>48</sup>

La mayor relevancia de la norma fundamental se vio reflejada en la popularización del sistema de Constitución rígida, con lo cual se intentó someter a la política, que es la mayor fuente de creación, modificación y extinción de las normas, a algunos principios considerados como esenciales.

El primer cambio –el de la estructura del sistema jurídico– en Europa ocurrió con la intervención e introducción de las constituciones rígidas, después de la Segunda Guerra Mundial: éstas incorporaron principios y derechos fundamentales como límites y vínculos ya no sólo para el Poder Ejecutivo y Judicial, sino también para el Poder Legislativo.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Suárez Romero, Miguel Ángel, *Crisis de la ley y estado constitucional, la argumentación jurídica del legislador*, México, Porrúa, 2015, p. 93.

<sup>48</sup> Carpizo, Enrique, *op. cit.*, p. 33.

<sup>49</sup> Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 89.

Este sometimiento no significa que a partir de la adopción del modelo constitucional se restringiera al Ejecutivo y al Legislativo implementar sus políticas públicas a través de la legislación, sino que significó el establecimiento de principios y derechos básicos que figuran como el límite a esas políticas.

La política, cuyas formas y cuyas instituciones representativas son generadas y legitimadas por el ejercicio de los derechos políticos, continúa siendo el motor de la nomodinámica jurídica. Pero el fundamento axiológico y la razón social de todo el artificio jurídico e institucional se identifican con la garantía del conjunto de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos.<sup>50</sup>

En este escenario, la Constitución se transforma en el contenedor de "...una dogmática que contiene los principio y valores primordiales que habrán de respetarse, protegerse y garantizarse en beneficio de todos."<sup>51</sup> Para lo cual todas las autoridades, especialmente las judiciales, deberán aplicar los derechos fundamentales por ella reconocidos.

La característica principal del Estado Constitucional consiste en privilegiar la actividad de los jueces y en renovar la función y el perfil del legislador para estar al servicio de la sociedad, de la propia persona y garantizar su entorno y medio ambiente a través de acciones o políticas públicas efectivas en ese plano.<sup>52</sup>

En ese sentido, con la transición del Estado Legislativo al Estado Constitucional, se transfiere la dominancia de las facultades del Congreso en el establecimiento de lo que debe considerarse como justo, para trasladarlas al Poder Judicial, quien debe interpretar, aplicar y garantizar los derechos fundamentales.

Además, surgen formas de control de constitucionalidad, con los cuales pueden reclamarse los actos de las autoridades que violen la Constitución, así como impugnarse normas derivadas que contradigan el contenido de la Constitución, e incluso, aquellas que restrinjan los derechos humanos a los cuales la norma fundamental les conceda una mayor protección.

---

<sup>50</sup> Ferrajoli, Luigi, *La democracia... cit.*, pp. 21-22.

<sup>51</sup> Castellanos Goût, Milton Emilio, *op. cit.*, p. 41.

<sup>52</sup> Carpizo, Enrique, *op. cit.*, p. 33.

En esta etapa se conciben también los medios de protección constitucional de esas libertades y derecho, definidos como “garantías individuales” o “garantías sociales”; a modo de juicio de amparo, mejor conocido como “juicio de garantías individuales”; la Controversia Constitucional; la Acción de Inconstitucionalidad y los demás juicio de control de constitucionalidad.<sup>53</sup>

“El Estado Constitucional supera el paradigma que por mucho tiempo contempló la Constitución como netamente política<sup>54</sup>”, en la que se definía la estructura del Estado, la distribución del poder, y derechos que debían ser reglamentados por el Congreso mediante la expedición de normas que establecieran el *cómo* hacerlos efectivos.

Con el nuevo paradigma, en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación continúa como único tribunal constitucional y, a pesar de ello, todas las autoridades jurisdiccionales deben realizar un control de constitucionalidad en el cual pueden no aplicar una norma por contravenir los derechos o principios constitucionales.

*La ley frente a la Constitución.* El juicio constitucional sobre las leyes es un juicio de validez, en el cual la ley está destinada a someterse a un test de compatibilidad con la Constitución. [...] Sin embargo, la relación entre cuanto dispone la Constitución y cuanto dispone la ley no es de <<aplicación>> sino de enfrentamiento, a fin de determinar su relación de compatibilidad o de incompatibilidad. El núcleo esencial del juicio constitucional es la determinación de esta relación.<sup>55</sup>

Esta circunstancia representa un cambio drástico respecto al Estado Legislativo, en el entendido de que se otorga la facultad a todo Juzgador de disentir del legislador, en cuanto a la correspondencia de la ley con la Constitución, así como para hacer efectivos los derechos fundamentales aún en caso de ausencia de una norma reguladora de los mismos.

En estos contextos, dichos tribunales están llamados a asumir un papel protagónico en el nuevo escenario democrático, pues se deposita en ellos la fundamental misión de “demostrar que los solemnes compromisos asumidos por el pueblo en su

---

<sup>53</sup> Castellanos Goût, Milton Emilio, *op. cit.*, p. 41.

<sup>54</sup> Carpizo, Enrique, *op. cit.*, p. 34.

<sup>55</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 99.

constitución no son meras promesas de papel que pueden ser convenientemente hechas a un lado por los que están en el poder.<sup>56</sup>

En ese sentido, en el Estado Constitucional se provee al gobernado de herramientas, como garantías jurisdiccionales, para que en el caso de que sufra algún agravio por la violación de sus derechos fundamentales, pueda acudir ante una autoridad judicial y solicite la protección en contra de los actos que las originen, sin importar si son cometidos por autoridades o particulares.

Ha costado trabajo entender que una Constitución jurídica, además de vinculatoriedad social y de gobierno, permite hacer efectivo su contenido o falta de cumplimiento a través de instrumento procesales, procedimentales o acciones ciudadanas, esto es, medios de defensa constitucional o actividad protectora de los derechos humanos susceptibles de ser empleados por autoridades y ciudadanos en pro del reconocimiento y protección de la dignidad humana.<sup>57</sup>

Ahora bien, al principio del presente apartado se afirmó que el Estado Constitucional de derecho implica una nueva versión del iuspositivismo imperante en el Estado Legislativo, no obstante, existe un punto de vista que lo considera desde la teoría del iusnaturalismo jurídico al afirmar que “La primera orientación se caracteriza por concebir los derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a su actuación o aplicación sino a su ponderamiento legislativa o judicial.”<sup>58</sup>

El problema de esta concepción es que al independizarse de las reglas se desvincula también de “*las prohibiciones de lesión o en las obligaciones de prestación que son sus correspondientes garantías.*”<sup>59</sup> Así las cosas, cuando se visualiza el Estado Constitucional desde una perspectiva iusnaturalista, se le

---

<sup>56</sup> Román González, Eduardo, *Entre el control de legalidad, de constitucionalidad y la protección de derechos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012, p. 22.

<sup>57</sup> Carpizo, Enrique, *op. cit.*, p. 35.

<sup>58</sup> Ferrajoli, Luigi, *La democracia... cit.*, p. 28.

<sup>59</sup> *Ibíd.*

denominan derechos humanos por ser inherentes a toda persona, emancipados del sistema legal.

Mientras que en la visión *iuspositivista* del mismo modelo, se le denominan derechos fundamentales, para lo cual requieren ser reconocidos por la Constitución, misma que les otorga una doble protección, mediante garantías primarias, es decir prohibiciones de lesión y, secundarias, como los medios de defensa jurisdiccionales con los que cuenta el particular.

### III. INTERACCIÓN ENTRE ESTADO Y DEMOCRACIA

La impartición de la justicia ha estado presente en las sociedades sedentarias, sin embargo, el Poder Judicial no existiría sino hasta después de que tuvo origen la conformación del Estado moderno, puesto que se trata de un ente específicamente creado con el fin de llevar a cabo administración de la justicia y por ello requiere de una estructura permanente para su funcionamiento.

Originalmente la impartición de justicia fue una herramienta que el poderoso utilizó primero para hacerse con las riquezas de otros<sup>60</sup> y, posteriormente, se adjudicó para obtener el poder político y la legitimación para imponer sus decisiones a la población, todo ello a través del poder fáctico que detentaba. Al respecto del poder, Norberto Bobbio nos dice:

El poder queda definido como el conjunto de los medios que se utilizan para conseguir una aparente ventaja futura: Hay dos clases de poder: el poder natural, que deriva de eminentes facultades corporales y anímicas, y el poder instrumental, que consiste en medios, como la riqueza, la reputación, las amistades capaces de incrementar el poder natural. Se podría sostener, una vez individualizado este deseo insaciable de poder que acaba sólo con la muerte, que no hacen falta más argumentos que demostrar lo miserable de la vida del hombre en el estado de la naturaleza.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> Véase Foucault, Michael, *La verdad y las formas jurídicas*, México, Gedisa, 2001, p. 78.

<sup>61</sup> Bobbio, Norberto, *Thomas Hobbes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2a. ed., 1994, p. 45.

Es por ello por lo que resulta necesario analizar el nacimiento del Estado, dada su estrecha vinculación con la administración de justicia, al volver a esta última su instrumento principal para alcanzar sus fines, desde sus orígenes. Además de que con esto se podrá conocer cómo se conformó el Poder Judicial como actualmente se conoce.

Es importante reconocer que en esta sección se busca el origen del Estado y su relación con la concepción del Poder Judicial, aunque este último no tuviera entonces dicha denominación, puesto que aunque existieran formas informales de impartir justicia, aún no se había teorizado sobre su conceptualización y tampoco acerca de la separación de poderes.

En ese sentido, la creación del concepto de Estado desde la concepción moderna, aunque no del vocablo pues éste es previo, se le atribuye principalmente a Nicolás Maquiavelo, como se puede ver a continuación:

...Pero se puede decir que el concepto de Estado que será considerado <<moderno>>, y al que se asocia el nombre de Maquiavelo, partió de dos significados medievales de las palabras *status*, *stato* o <<estado>>: *status* como la condición o estatuto de la persona del gobernante en las expresiones *status regalis*, *status regis*, *status ducalis*, *status principis*, etc. Y *status* como la forma de constitución o tipo de gobierno de un cuerpo político, es decir, como una especie concreta de lo que con vocabulario aristotélico se denominaba *polítia*, o *respublica*.<sup>62</sup>

Ante dicho panorama, es posible afirmar que el concepto de Estado surgió en la Edad Media, aunque no con los elementos que se le atribuirían subsiguientemente por Max Weber y que consisten en que “el Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio -el <<territorio>> es un elemento distintivo-, reclama para sí (con éxito) el monopolio de la violencia física legítima.”<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> Abellán, Joaquín, *Estado y soberanía*, España, Alianza Editorial, 2014, pp. 17-18.

<sup>63</sup> Weber, Max, *La política como profesión*, Edición de Joaquín Abellán, España, Biblioteca Nueva, 2007, pp. 56-57.

Ahora bien, resulta importante conocer si en dicho momento histórico, que posibilitó la concepción del Estado, se permitiría también el nacimiento de la figura del Poder Judicial que “no existía en la Alta Edad Media, la liquidación era una materia que resolvían los individuos entre sí; sólo se pedía al más poderoso o aquél que ejercía la soberanía en función de sus poderes políticos, mágicos y religiosos que comprobase la regularidad del procedimiento y no que hiciese justicia.”<sup>64</sup>

No obstante, la inexistencia de la justicia como institución indisoluble, en dicho periodo histórico, esta fue una herramienta de la política para mantener el control sobre los vasallos, como puede se puede observar a continuación:

Esto ocurrió en la Edad Media, donde, en principio, el Emperador lo poseía todo. Pero, al entregar la tierra a sus señores y éstos, a su vez, a otros a cambio de servicios, se generó, de hecho, una transmisión del poder político que dio lugar a la dispersión y multiplicación de centros autónomos de poder político, que Hegel bautizó con el nombre de poliarquía medieval. En otras ocasiones, fue a partir de la posesión del poder político como se llegó a la propiedad de la tierra. Las dos vías dieron lugar a la creación de la institución de los señoríos feudales, cuya consecuencia fue la privatización de la relación política (vasallaje) y del poder político, de manera que la Justicia, principal elemento de en la Edad Media de dicho poder, el Ejército y la Hacienda, cuya naturaleza había sido de carácter público en el Imperio romano y en menor medida durante el Imperio carolingio, se convirtieron en objetos de propiedad privada...<sup>65</sup>

La justicia, es reconocida como la principal forma de obtener y ejercer el poder en la Edad Media y que, a su vez, era propiedad privada de los Señoríos, a tal grado, que derivó en su institucionalización al nivel de un Poder Judicial en la Alta Edad Media, que:

Como el pleito judicial aseguraba la circulación de los bienes, el derecho de ordenar y controlar ese pleito judicial, por ser un medio de acumular riquezas, fue confiscado por los más ricos y poderosos.

---

<sup>64</sup> Foucault, Michael, *op. cit.*, p. 78.

<sup>65</sup> Beobide Ezpeleta, Ignacio M. y Gordillo Pérez, Luis I, *La naturaleza del Estado, origen, topología y lógica de actuación política y social*, España, Tecnos, 2012, p. 29.

La acumulación de la riqueza, el poder de las armas y la constitución del poder judicial en manos de unos pocos es un único proceso que se fortaleció en la alta Edad Media y alcanzó su madurez con la formación de la primera gran monarquía medieval, en la segunda mitad del siglo XII.<sup>66</sup>

Ante el surgimiento de la Monarquía, y con ella del Estado, la impartición de justicia pasó de ser una herramienta de control fáctico a una formal, pues los poderosos tomaron para sí, en uso del mismo poder real o de fuerza que se arrogaban, la figura del gobernante.

En este escenario, si bien se considera que la población es un elemento constitutivo del Estado, José Antonio Crespo ve que la población, que no participa en su organización y funcionamiento, es un ente distintivo al que se le denomina sociedad civil:

Sin embargo, en términos políticos la noción de Estado tiene un significado diferente. Se refiere al conjunto de instituciones, es decir organizaciones y reglas, donde se concreta la facultad para tomar decisiones válidas para toda la comunidad. En ese sentido, no toda la población forma parte del Estado. Sólo un grupo pequeño de la sociedad, formado por políticos, gobernadores, legisladores y jueces, conforma el Estado. Al resto de la sociedad se le ha denominado tradicionalmente como "sociedad civil", y se diferencia del Estado.<sup>67</sup>

Ahora bien, dicha concepción si bien no resulta novedosa sí es interesante, puesto que de ella podemos inferir que el Estado fue una creación que se adjudicó la administración de las libertades de la población y el monopolio en el uso de la fuerza, para erigirse por encima de ellos.

Esta es una idea sobre el Estado que resulta trascendente al ser retomada como contemporánea, y que permite la identificación del concepto de sociedad civil, aunque fue concebida originalmente por Thomas Hobbes hace cientos de años: "El Leviatán posee la facultad de destruir a aquellos a quienes supuestamente sirve. Pero la fuerza de ese ser proviene de los hombres que le ceden una parte de su libertad, toda vez que la humanidad entera tiene como

---

<sup>66</sup> Foucault, Michael, *op. cit.*, 2001, p. 78.

<sup>67</sup> Crespo, José Antonio, *Para entender el estado*, México, Nostra, 2006, p. 7.

inclinación general 'un perpetuo e incesante Adán de poder, que cesa solamente con la muerte'."<sup>68</sup>

No obstante, dicha idea resulta contraria a los principios democráticos que suelen caracterizar a los Estados occidentales actuales, y es por ello por lo que la definición del Estado guarda estrecha vinculación con la noción de democracia, por lo que este tema será abordado en el siguiente apartado.

### 1. Democracia de la voluntad general o contractualista

La génesis de la democracia de la voluntad general se encuentra en las mismas ideas que justificaron el nacimiento del Estado moderno, es decir, la obra de Thomas Hobbes, el *Leviatán*, en la cual expone su visión de la naturaleza del hombre y de la tendencia de éste hacia la libertad y la dominación de otros; elementos que provocan la lucha constante de los hombres entre sí.

Partiendo de estas ideas, Hobbes estableció que la única posibilidad de dar protección a los hombres de sus congéneres era que sumarían el poder que cada uno de ellos tenía en otra persona o grupo de personas, para que los elegidos, de forma permanente, mantuvieran la observancia de la justicia y de otras leyes naturales.

El único camino para erigir semejante poder común, capaz de defenderlos contra la invasión de los extranjeros y contra las injurias ajenas, asegurándoles de tal suerte que su propia actividad y por los frutos de la tierra puedan nutrirse a sí mismos y vivir satisfechos, es conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombre, todos los cuales, con pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad.<sup>69</sup>

Esta forma de democracia se visualizó únicamente como una forma de elección de los gobernantes, mediante el acuerdo común de la sociedad en el método que permitiría otorgar legitimidad a las nuevas autoridades para

---

<sup>68</sup> Jiménez, Armando Alfonso, *Acerca del Estado, breves reflexiones sobre política y derecho*, México, Ubijus, 2a. ed., 2006, p. 20.

<sup>69</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán, La materia, forma y poder, de una república eclesiástica y civil*, Colombia, Editorial Skla, 1982, pp. 147-148.

administrar el poder público que, a diferencia de la monarquía quien lo obtenía a través de dios, conseguía su poder del pueblo.

Mientras el antiguo régimen había legitimado el poder público desde el cielo y la coma monárquica del Estado, la tercera transformación básica empezó a legitimar el poder político desde abajo, enfocándose en los constructos de la soberanía nacional o popular, aplicada originalmente por el *pouvoir constituant* y después en modo cíclico por la transmisión del poder a representantes del pueblo...<sup>70</sup>

Por cuanto hace al Estado, esta nueva concepción representó un cambio de paradigma, puesto que anteriormente se le entendía como una conformación natural debido a que la sociedad había alcanzado cierto nivel de desarrollo, y no como resultado de un acto del raciocinio colectivo, mediante el cual se creara un nuevo ente de forma artificial.

Es una perspectiva que considera que la sociedad y el Estado se forman naturalmente. La sociedad surge del desenvolvimiento de las familias, cuya relación se va haciendo cada vez más compleja y va formando tejido social. El Estado (o la ciudad-Estado) es visto como un fenómeno natural, porque no es más que la sociedad políticamente *pólis* organizada. Esta vertiente jusnaturalista, está inspirada en los principio de fe, es una perspectiva que recibe un impulso de la Teología en la Edad Media, se razona a través de la Filosofía y aterriza en el Derecho positivo, inspirado por los grandes principios impresos en la naturaleza de los seres humanos. Esta vertiente propone una teoría del conocimiento realista e histórica (sic).<sup>71</sup>

Esta visión del surgimiento del Estado moderno mediante un pacto colectivo permite afirmar que la democracia es una característica adherida a éste, que le da estructura e identidad. Sin embargo, esta visión de la democracia únicamente justifica la procedencia del poder estatal.

La manera como se distribuye el poder del Estado determina la forma del mismo. Esto es aplicable, en primer término, a las dos formas fundamentales del Estado. La democracia es una estructura de poder construida de abajo hacia arriba; la autocracia organiza al poder de arriba hacia abajo. En la democracia rige el principio de la

---

<sup>70</sup> Manquardt, Bern, *Historia Mundial del Estado, El estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2014)*, Colombia, Ecoe ediciones, 2014, p. 246.

<sup>71</sup> Paoli Bolio, Francisco José, *Teoría del Estado*, México, Trillas, 2009, pp. 119-120.

soberanía del pueblo: todo el poder estatal procede del pueblo; en la autocracia, el principio de soberanía del dominador; el jefe de Estado reúne en sí todo el poder del Estado.<sup>72</sup>

Así, el mismo Hobbes describe que para que el Estado pueda realizar su función, la colectividad debe mantenerse alejada pues “discrepando las opiniones concernientes al mejor uso y aplicación de la fuerza, los individuos componentes de esa multitud no se ayudan.”<sup>73</sup>

Escenario en el cual los integrantes del pueblo quedan excluidos de la toma de decisiones una vez que han cedido su poder al soberano y quedan, a su vez, imposibilitados para romper el pacto creado, pues el poder para ello, fue cedido a la figura del soberano pues “<<Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza resultante de todas las fuerzas comunes, la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose á todos, se obedezca á sí propio, quedando tan libre como antes>> Tal es el problema fundamental resuelto por el pacto.”<sup>74</sup>

De esta forma, Rousseau le otorga la denominación que caracteriza a esta concepción democrática, el contractualismo, en el cual insiste que los hombres deben realizar un pacto en el cual unan fuerzas para que la asociación los proteja, pero con el objetivo de que los hombres permanezcan libres, pero obedeciendo a la voluntad general.

Para que el pacto social no sea una vana fórmula, debe encerrar y desde luego encierra la condición ó el compromiso tácito por parte de cada uno de los de obediencia á la voluntad general, so pena de ser compelido á ella por el cuerpo entero, lo cual no significa sino que se le obligará a ser libre, por ser tal condición en cuya virtud dándose todo ciudadano á la patria le garantiza de toda dependencia personal, condición que informa el artificio y el juego del organismo político y es la única capaz de legitimar los contratos civiles...<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> *Ibídem*, p. 162.

<sup>73</sup> Hobbes, *op. cit.*, p. 145.

<sup>74</sup> Rousseau, Jean-Jacques, *El pacto social ó principios de derecho político*, trad. de Antonio Redondo Orriols, España, Dirección y administración, 1884, p. 25.

<sup>75</sup> *Ibídem*, pp. 31-32.

Es decir, en la idea del contractualismo se argumenta que el único derecho será del Estado y, con ello, las concepciones de ambos teóricos reducen la participación del ciudadano a un acto excepcional en la creación del Estado y, una vez conformado este, sustituyen la voluntad general por la voluntad del soberano.

## 2. Democracia constitucional

La idea del Estado Constitucional de derecho, por el gran avance que representó para la protección de los derechos privilegiados en la Constitución, permeó a la democracia como forma de gobierno, en una combinación denominada democracia constitucional.

El constitucionalismo y la democracia se combinan para firmar un sistema de gobierno conocido bajo el nombre de “democracia constitucional” (a veces utilizado como sinónimo de “democracia liberal”). Muchos consideran que esta unión constituye un feliz matrimonio entre dos valiosos ideales y que la democracia constitucional es una forma de gobierno muy superior a la democracia pura o aun gobierno constitucional no democrático.<sup>76</sup>

La Constitución liberal se caracteriza por establecer límites al ejercicio del poder público; esta particularidad, al ser usada al servicio de la democracia, permite que ese poder limitado sea distribuido entre los ciudadanos, por lo cual, parece que ambos sistemas se complementan dado que “La democracia constitucional es un modelo de organización político-jurídica en el que confluyen diversas tradiciones del pensamiento político moderno y que persigue en un solo momento dos objetivos analíticamente distintos: limitar el poder político y distribuirlo entre los ciudadanos.”<sup>77</sup>

Dado que la democracia se trata de una forma de gobierno, se puede establecer que el cambio de paradigma del estado de derecho, del Estado Legislativo al Estado Constitucional, también constituyó una modificación a la

---

<sup>76</sup> Santiago Nino, Carlos, *op. cit.*, p. 13.

<sup>77</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional, una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2006, p. 45.

naturaleza política: “Se trata, no importa repetirlo, de un segundo cambio de paradigma que ha transformado al mismo tiempo la naturaleza del derecho, de la política y de democracia.”<sup>78</sup>

Por ello es por lo que Ferrajoli afirma que el cambio al Estado Constitucional también tiene como consecuencia el sometimiento de la política al derecho, puesto que establece límites al poder que ejerce la política.

El primer problema es el de la relación entre Derecho y política. ¿Cuál es el espacio que le queda a la política si el proyecto constitucional es vinculante para todos los poderes, comenzado por el Legislativo? ¿No acaba ese espacio por ser excesivamente reducido? (pp. 9-10). Ciertamente. El paradigma constitucional vincula a la política a la ejecución del proyecto por él diseñado.<sup>79</sup>

Con ello, se establecieron parámetros en la Constitución, que si bien existe la posibilidad de modificar, tienen una tendencia no ha desaparecer, sino a su perfeccionamiento, así como a su adecuación al contexto social en determinado momento histórico, con lo cual se puedan atender problemáticas concretas.

### 3. Democracia deliberativa

La preeminencia de la democracia representativa suele asociarse con la toma de decisiones de un grupo social mediante sistemas para conocer la voluntad general, no obstante, esta característica se convierte al mismo tiempo en su principal diatriba, dado que implica la anulación de la voluntad de las minorías, una vez que concluye el proceso. Sin embargo, la democracia deliberativa no se enfoca en el resultado final, sino que destaca el proceso deliberativo previo a la toma de decisiones.

Los modelos fundamentales de la democracia deliberativa son dos; primero Rawls con su teoría de la justicia denominada “justicia como equidad” y luego Habermas

---

<sup>78</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia... cit.*, t. 2., p. 298.

<sup>79</sup> Ferrajoli, Luigi et al., *Derecho y democracia constitucional, una discusión sobre principia iuris de Luigi Ferrajoli*, Perú, Ara Editores, 2011, p. 404.

desde la teoría del discurso y la propuesta de la deliberación en la política como una concepción procedimental de democracia.<sup>80</sup>

En este contexto, el aspecto cuantitativo de la elección pasa a un segundo plano de importancia, puesto que lo relevante consiste en la deliberación conforme a los criterios racionales, que supone que el sujeto reflexionara hasta que logre obtener la satisfacción de su deseo, conforme a los objetivos que se haya planteado a inicio.

La deliberación racional es, en sí misma, una actividad como cualquier otra, y la medida en que podemos dedicarnos a ella se halla sometida a una decisión racional. La regla formal consiste en que podemos deliberar hasta el momento en que los probables beneficios del mejoramiento de nuestro proyecto valen exactamente el tiempo y el esfuerzo de la reflexión.<sup>81</sup>

La concepción de Rawls delinea la relevancia del debate sobre la resolución tomada, dado que afirma que, mientras no se cumpla con el objetivo, se podrá continuar con la discusión hasta conseguirlo.

En esta información sobre la racionalidad deliberativa, he supuesto una cierta competencia por parte de la persona que decide: conoce los rasgos generales de sus deseos y de sus objetivos, tanto presentes como futuros, y es capaz de valorar la relativa intensidad de sus deseos, y de decidir si es necesario lo que realmente desea. Además puede examinar las alternativas que se le ofrecen y establecer una clasificación coherente de ellas...<sup>82</sup>

Este sistema de democracia incluye a la racionalidad, principal elemento del Estado moderno, como uno de los medios más adecuados para conseguir los objetivos planteados, puesto que permite el convencimiento de otros sobre las

---

<sup>80</sup> García Jaramillo, Leonardo, *Constitucionalismo deliberativo, Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 242.

<sup>81</sup> Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 462.

<sup>82</sup> Rawls, John, *op. cit.*, p. 462-463.

ideas que se promueven y con ello, se posibilita que sea un número cada vez mayor de los que adopten estos preceptos.

La política deliberativa obtiene su fuerza legitimadora de la estructura discursiva de una formación de la opinión y la voluntad que sólo puede cumplir su función sociointegradora gracias a la expectativa de *calidad* racional de sus resultados. De ahí que el nivel discursivo del debate público constituya la variable más importante.<sup>83</sup>

Desde el punto de vista de Habermas, el valor principal de la democracia consiste en su fuerza legitimadora, la cual se obtiene a través de su estructura discursiva, pues al ser racional, puede obtener por sí el convencimiento de los sujetos que la examinen dado que la “democracia deliberativa se presenta, inmediatamente, como reformulación neoclásica –según dice HABERMAS- del discurso ilustrado. Esa formulación es, concretamente, la teoría de la acción comunicativa, como vehículo capaz de reproducir el ideal democrático en el actual contexto de la modernidad.”<sup>84</sup>

No obstante, la racionalidad no es el único elemento que define a la democracia deliberativa, sino que se encuentra caracterizada por ser pública, adaptativa, autorreferente, inacabada e igualitaria, como podemos observar a continuación:

La democracia deliberativa es ante todo un concepto normativo y un ideal regulativo que puede caracterizarse por rasgos *colectivos y públicos* (excluye la deliberación privada que se resguarda en el ámbito social), *adaptativos* cada momento y circunstancia permite que sus demandas y postulados resurjan y orienten los procesos de toma de decisiones), *autorreferentes* (el propio procedimiento permite decidir las cuestiones que afectan al mismo), *inacabados* (las decisiones están abiertas a ulterior revisión) e *igualitarios* (permite que los ciudadanos o sus representantes participen en condiciones de libertad e igualdad durante el proceso de conformación de la voluntad general).<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, p. 381.

<sup>84</sup> Segovia, Juan Fernando, *Habermas y la democracia deliberativa, una <<utopía>> tardomoderna*, España, Marcial Pons, 2008, pp. 21-22.

<sup>85</sup> García Jaramillo, Leonardo, *op. cit.*, p. 242.

De los anteriores elementos, Habermas destaca uno sobre el resto, el cual consiste en la autorreferente, según la cita anterior, pero que él destaca como procedimental, puesto que se encuentra en “las exigentes condiciones procedimentales y presuposiciones comunicativas, de las que depende la producción legítima del derecho.”<sup>86</sup>

En cambio, conforme a la concepción republicana, la formación democrática de la voluntad se efectúa en la forma de un autoentendimiento ético-político; la deliberación habría de poder apoyarse, en lo que a contenido se refiere, en un consenso de fondo inculcado por la propia cultura en la que se ha crecido y se está; esta precomprensión socio-integradora puede renovarse mediante el recuerdo ritualizado del acto de fundación republicana.<sup>87</sup>

Más adelante, Habermas expresa que sí bien resulta polémico que el aparato creador del derecho exista de forma separada a la sociedad, no se puede eliminar por la propia forma que reviste al Estado liberal; mismo argumento que pronunció Hobbes al hablar de la problemática que sería que todos los integrantes de una sociedad participen en la toma de decisiones.

Las implicaciones normativas saltan a la vista: la fuerza sociointegradora que representa la solidaridad, que ya no puede extraerse sólo de la fuente que representa la acción comunicativa, a de poder desarrollarse a través de espacios públicos autónomos extraordinariamente diversos y de procedimientos de formación democrática de la opinión y la voluntad, institucionalizados en términos de Estado de derecho...<sup>88</sup>

Aquí se establece claramente la vinculación entre la democracia y el estado de derecho con el comienzo del presente trabajo, pues Habermas denota que todos los procedimientos democráticos deben estar institucionalizados, es decir, los procedimientos para su ejecución deben estar contenidos en las normas.

---

<sup>86</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, p. 363.

<sup>87</sup> *Ibidem.*, p. 372.

<sup>88</sup> *Ibidem.*, pp. 375-376.

## CAPÍTULO DOS. REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DESIGNACIÓN DE MINISTROS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN RELACIÓN CON LA DEMOCRACIA Y EL DERECHO DE LOS CIUDADANOS A PARTICIPAR EN LA DIRECCIÓN DE ASUNTOS PÚBLICOS

En México, la establece que la soberanía nacional reside en el pueblo, misma que es ejercida por éste a través de los Poderes de la Unión, que consisten en el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, además de las competencias otorgadas a los Estados miembros del pacto federal, en lo que toca a sus regímenes interiores. Asimismo, menciona, todo poder público dimana del pueblo.

En este escenario, el ejercicio del Poder Judicial de la Federación se deposita en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito; con arreglo a las competencias, funcionamiento y responsabilidades que establece su Ley Orgánica de conformidad con las bases que establece la Constitución.

Además, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México, es la cabeza del Poder Judicial de la Federación y también es denominada como el Máximo Tribunal Constitucional del país, debido a las funciones que le son otorgadas por la Constitución, así como por su Ley Orgánica; por lo cual, su estudio tiene una trascendencia preeminente en el resto del Poder Judicial.

Ahora bien, únicamente la renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo se realiza mediante elecciones libres, auténticas y periódicas, no obstante, que se tiene a la democracia como característica principal del Estado, de la República, del régimen político, de la estructura jurídica, de la planeación del desarrollo nacional, entidades federativas y hasta como un sistema de vida; de acuerdo con lo previsto en diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dadas las circunstancias anteriormente declaradas, se analizará la regulación nacional e internacional relativa a la participación de los ciudadanos en la dirección de asuntos públicos y la dimanación del pueblo del poder público, específicamente del Poder Judicial de la Federación, como ejercicio de la

soberanía nacional, en cuanto al procedimiento de designación de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## I. LA DEMOCRACIA EN EL RANGO CONSTITUCIONAL

La Constitución mexicana prevé tres variantes de la democracia, como estructura jurídica, como régimen político y como sistema de vida, mismas que se ven estrechamente relacionadas con la integración y el funcionamiento del Estado y de los órganos que lo componen, como lo es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como se expone a continuación.

### *1. La democracia como estructura jurídica en la integración de los Poderes de la Unión*

La democracia obtiene la característica de jurídica cuando es establecida como norma, es decir, establece una obligación, un permiso, o una prohibición, para los particulares o para el Estado; pero obtiene la forma de estructura cuando el presupuesto normativo se encuentra vinculado con la realidad social y tiene un contenido axiológico. “La Constitución, como sistema de normas jurídicas, y que constituirá el objeto nuclear de nuestra preocupación, no como norma pura, desvinculada de la realidad social y vacía de contenido axiológico, sino como una estructura, considerada como una conexión de sentido, lo que envuelve un conjunto de valores.”<sup>89</sup>

En este escenario, la democracia en su rango constitucional es clasificada como estructura jurídica cuando se encuentra en una norma fundamental del Estado, en la cual establece prescripciones sobre la conformación y las funciones o facultades de sus órganos, así como determinar sus competencias y las relaciones entre los mismos.

---

<sup>89</sup> Da Silva, José Alfonso, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, trad. de Nuria González Martín, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 7.

Así, cuando el artículo 40 de la Constitución Federal establece que es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa y democrática, se está frente a una disposición que constituye el valor que contempla esa estructura jurídica de la democracia.

Pieza fundamental, pues, de esa habría de ser la concepción de la democracia como categoría jurídica (a través de su consideración como 'principio') y no como noción sólo y exclusivamente política. Precisamente porque el principio democrático me parece 'capital' desde el punto de vista jurídico-constitucional no coincido con aquellos que se manifiestan contrarios [...]. Y no coincido (pese a compartir el objetivo de hacer derecho constitucional desde el derecho mismo como es obligado, y por lo demás enteramente obvio), porque a mi juicio, de una parte, sin la democracia no se entiende el concepto 'jurídico' de Constitución y, de otra, la positivación de la democracia como principio constitucional produce unas consecuencias 'jurídicas' de extraordinaria magnitud.<sup>90</sup>

Desde esta vertiente, y tomando en consideración que el artículo 2 constitución establece que la nación mexicana es única e indivisible, es posible concluir que la nación en su unidad debe caracterizarse por el aspecto democrático advertido en el artículo 40 de la misma norma fundamental.

#### *A. La integración de los Poderes Legislativo y Ejecutivo Federales*

De este modo, la estructura jurídica de la democracia completa sus cimientos con el contenido del artículo 41 de la misma norma constitucional, cuando establece: "La renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo se realizará mediante elecciones libres, auténticas y periódicas, conforme a las siguientes bases: [...]"; puesto que instituye el modelo por el cual se integran dos de los Poderes de la Unión.

Esta norma adquiere aplicabilidad inmediata, al complementarse con las normas constitucionales que establecen una duración limitada para ejercer los cargos que deben renovarse mediante elecciones periódicas. Así lo hace el

---

<sup>90</sup> Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 5.

artículos, 51, 56, último párrafo, y 82 de la Constitución, al establecer que los diputados serán electos cada tres años, los senadores serán renovados cada seis años y que el titular del Poder Ejecutivo Federal ejercerá su cargo seis años, respectivamente.

Así, la elección de funcionarios se convierte en la piedra angular de toda la estructura jurídica democrática prevista en la Constitución:

Se sostiene que la reelección presidencial responde a la más pura democracia porque si la soberanía del pueblo quiere consagrarla debe acatársela. Es un grave error creer que la democracia se funda solamente en la soberanía popular. Esa es la democracia totalitaria que llevó a Hitler al poder y a tantos otros tiranos que llegaron consagrados por la voluntad popular.<sup>91</sup>

Por lo que hace a los ciudadanos, la estructura jurídica democrática reconoce su derecho a votar en las elecciones populares; poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley; y asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país; conforme lo disponen las fracciones I, II y III, del artículo 35 de la Constitución.

No obstante, si bien la norma constitucional señala que votar y ser votado es un derecho, más adelante señala, en su artículo 36, fracciones III, IV y V, que votar en las elecciones y consultas populares es una obligación de los ciudadanos de la República, así como desempeñar los cargos de elección popular y las funciones electorales.

Por otro lado, la juridicidad de la estructura democrática planteada en la Constitución se denota nuevamente al establecer criterios de elegibilidad para que los ciudadanos puedan acceder a los cargos de elección popular periódica, mismos que se contemplan en los artículos 55, 58 y 82, en el caso de diputados, senadores y presidente de la República, respectivamente.

---

<sup>91</sup> Carbonell, Miguel, *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*, México, Porrúa, UNAM y Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2007, p. 520.

Asimismo, la propia Constitución estatuyó en su artículo 41 al Instituto Nacional Electoral como la autoridad encargada de realizar los procesos electorales; con lo cual queda evidenciado la existencia de una estructura jurídica democrática, a pesar de que para el correcto funcionamiento de esta se haya delegado al legislador ordinario la creación de leyes complementarias.

Así, en segundo lugar, pues, algunas hipótesis de inelegibilidad ya transcurren de la propia norma constitucional (artículo 14, §§ 4o.-7o.), en cuanto otras dependen de una ley complementaria, en los límites de los objetivos y contenido del inciso 9o. del mismo artículo 14: proteger la probidad administrativa, la moralidad para el ejercicio del mandato, considerada la vida anterior del candidato, y la normalidad y legitimidad de las elecciones contra la influencia del poder económico o el abuso del ejercicio de la función, cargo o empleo en la administración.<sup>92</sup>

De esta forma, la ley fundamental contiene normas programáticas para el legislador ordinario, en las que deberá regular, por ejemplo: fracción II, apartado A, la administración del tiempo que corresponda al Estado en radio y televisión destinado a los propios fines del Instituto Nacional Electoral y al ejercicio del derecho de los partidos políticos nacionales; fracción III, apartado A, la integración de la propia autoridad electoral; fracción II, apartado B, la posibilidad de dotar de facultades adicionales al Instituto; entre otros.

#### *B. La integración parcial del Poder Judicial de la Federación normada en la Constitución*

De los datos proporcionados se desprende claramente que el sistema de composición del Poder Judicial de la Federación quedó al margen de la integración de los Poderes Legislativo y Ejecutivo mediante elecciones populares; y el método empleado no está previsto en su totalidad en la Constitución, sino que fue delegado a leyes complementarias.

Lo anterior, en primer lugar porque el Poder Judicial de la Federación se integra no solo por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino también por un Tribunal Electoral, Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, así como

---

<sup>92</sup> Da Silva, José Alfonso, *op. cit.*, p. 91.

Juzgados de Distrito, según dispone el primer párrafo del artículo 94 constitucional; aunque únicamente fue normado directamente en la Constitución el procedimiento de designación de Ministros de la Corte.

En este contexto, el párrafo sexto del artículo 94 constitucional establece que el Consejo de la Judicatura Federal determinará el número, división en circuitos, competencia territorial y especialización por materias, entre las que se incluirá la de radiodifusión, telecomunicaciones y competencia económica, de los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y de los Juzgados de Distrito. Mientras que el artículo 97, dispone que los Magistrados de Circuito y los Jueces de Distrito serán nombrados y adscritos por el Consejo de la Judicatura Federal.

De esta forma, como dispone dicho precepto normativo, será la ley la que *con base en criterios objetivos* establezca los requisitos y procedimientos para integrar la mayor parte de los órganos de uno de los Poderes de la Unión; y se limita a dictar que la duración de su encargo será seis años en el ejercicio, con posibilidad de ratificación.

Mientras que la regulación constitucional se limitó a estipular la conformación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, procedimiento en el que se optó, en lugar del sistema de selección popular, facultar al presidente de la República para presentar a consideración del Senado, la terna para la designación de Ministros y someter sus licencias y renunciaciones a la aprobación del propio Senado, de acuerdo con el contenido de la fracción XVIII, del artículo 89 de la Ley fundamental.

#### a. La conformación de la terna

La facultad de conformar la terna se encuentra concentrada en el Ejecutivo, sin que se prevea la participación de algún otro Poder de la Unión o participación ciudadana, con lo cual la discrecionalidad del Ejecutivo tiene un grado predominante en el procedimiento de designación, con lo cual aumenta su grado de injerencia en la conformación del Poder Judicial de la Federación.

Dicha concentración fue reconocida por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, al afirmar que en México la designación corresponde al

Poder ejecutivo con acuerdo o aprobación del poder legislativo; de forma que se reconoce que, aunque la designación en última etapa le corresponde al Legislativo, específicamente a la cámara de Senadores, materialmente la realiza el Ejecutivo.<sup>93</sup>

Asimismo, en muchos otros países el poder ejecutivo tiene la última palabra en la selección y el nombramiento de los jueces. Han expresado reiteradamente su preocupación al respecto el Comité contra la Tortura y el Comité de Derechos Humanos, así como el Relator Especial en varios informes sobre misiones en distintos países, ante el riesgo que este mecanismo entraña para la protección de los derechos de las personas frente el Estado.<sup>94</sup>

De esta manera, la participación del Senado no funciona como un verdadero contrapeso a la decisión del Ejecutivo de nombra a uno de los integrantes de la terna como Ministros, sino que simula que la decisión última no correspondió a únicamente a este órgano político, con lo que muestra la participación de otro Poder de la Unión, aunque su intervención no descienda al fondo de la cuestión.

Esencialmente, el procedimiento de designación de Ministros de la Suprema Corte no prevé tampoco el escrutinio de sectores sociales en cuanto a la capacidad, capacitación y méritos con los que cuentan las personas integrantes de la terna que presente el Ejecutivo, a pesar de tratarse del Tribunal de la más alta jerarquía en el país.

---

<sup>93</sup> Véase cita 194 de Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia, Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas*, Estado Unidos de América, Organización de los Estados Americanos, 2013, p. 44.

<sup>94</sup> Consejo de derechos humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, Informe del relator especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, A/HRC/11/41*, Estados Unidos de América, Naciones Unidas, 2009, p. 9.

Por otro lado, además de la publicidad de los requisitos y procedimientos, como un elemento de la transparencia a observarse en los procesos de selección, la Comisión considera positivo que los procedimientos sean abiertos al escrutinio de los sectores sociales, lo cual reduce significativamente el grado de discrecionalidad de las autoridades encargadas de la selección y nombramiento y la consecuente posibilidad de injerencia de otros poderes, facilitando la identificación del mérito y capacidades profesionales de las y los candidatas. La Comisión considera que lo anterior resulta fundamental cuando se trata de la designación de las y los operadores de justicia de las más altas jerarquías y el procedimiento y selección se encuentra a cargo del poder ejecutivo o legislativo.<sup>95</sup>

Con lo cual, el último párrafo del artículo 95 constitucional, que dispone que los nombramientos de los Ministros deberán recaer preferentemente entre aquellas personas que hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia o que se hayan distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica; no tiene efectividad procedimental en la designación.

Una consideración adicional debe realizarse en torno al margen de libertad con la que el presidente confecciona la terna. Tal y como se encuentra el diseño institucional, pareciera que el único límite a su poder de nominar se encuentra en el respeto a los requisitos objetivos y subjetivos del artículo 95, es decir, lo único que no puede hacer es integrar una lista con aspirantes que no cumplan con las exigencias personales y técnicas para desempeñar el encargo. Si son “idóneos” o no, es una cuestión diferente que se asienta en presupuestos de índole valorativo que tendrá que resolver el Senado. Fuera de esto, la discrecionalidad del presidente es absoluta.<sup>96</sup>

De lo anteriormente expuesto, se desprende que el procedimiento de designación de Ministros de la Suprema Corte, por parte del Ejecutivo Federal, no garantiza que el nombramiento no sea entregado a algún candidato por motivos

---

<sup>95</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 36.

<sup>96</sup> Astudillo, César, en Von Bogdandy, *et. al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización, ¿Hacia un ius constitucionale comune en América Latina?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, t. I, p. 360.

indebidos, con lo cual se violenta uno de los principios básicos relativos a la independencia judicial.

Los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura prescriben que los jueces sean seleccionados sobre la base de la integridad y la idoneidad y que todo método utilizado para la selección de personal judicial garantice que éste no sea nombrado por motivos indebidos. Este principio básico está consagrado también en una serie de normas regionales.<sup>97</sup>

Ello sería posible si el Ejecutivo envía una terna a modo, en la cual solo uno de los candidatos cumpla con los requisitos objetivos del artículo 95 constitucional, con lo cual, el Senado no tendría más opción que aceptar al único viable; con lo cual se podría hablar de una designación directa y totalmente discrecional de uno de los Poderes para la conformación de otro.

En el caso de los ministros, ha resultado notorio que el presidente de la República tiene incentivos para enviar una terna en la que figura un solo candidato o una candidata “fuerte”, acompañados de dos candidatos “débiles”. Por supuesto, ello no se hace explícito en la propuesta presidencial, sino que deriva de una percepción en la opinión pública y en la discusión legislativa, conforme a la cual el presidente “induce” el nombramiento deseado mediante una conformación “desequilibrada” de la terna. Se trate o no de una mera percepción, ésta afecta el desarrollo del proceso, así como el trato que se da a los candidatos.<sup>98</sup>

Tampoco, el procedimiento constitucional establece mecanismo alguno de representación o pluralidad de los candidatos a ocupar una vacante de la Suprema Corte, que valoren aspectos culturales, territoriales o de género, como si se vislumbra en los procedimientos de elección de los integrantes del Poder Legislativo, otro Poder de la Unión con una pluralidad de miembros.

Ubicar la existencia de criterios “transversales” de selección, que a pesar de no estar formalmente estipulados, vinculan la decisión de los órganos del Estado.

---

<sup>97</sup> Consejo de derechos humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, *op. cit.*, 9. 8.

<sup>98</sup> Fix-Fierro Héctor (coord.), *Ocho propuestas para fortalecer al Poder Judicial de la Federación y completar su transformación, una propuesta académica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4785/12.pdf> p. 12.

Criterios tan esenciales como el territorial, orientado a garantizar la inclusión de jueces provenientes de distintas entidades federativas; el de diferenciación racial, cultural o lingüística, encaminado a reflejar el pluralismo social al interior de la Corte; el generacional, previsto para posibilitar la convivencia de múltiples perspectivas y ópticas jurídicas, o el de género, encaminado a equilibrar la presencia masculina y femenina en la composición del colegio de jueces.<sup>99</sup>

Mientras que en el texto original de la Constitución de 1917, para comenzar, se trataba de un procedimiento de elección indirecta de los miembros de la Suprema Corte, así como también se preveía la representación territorial en el procedimiento de elección, puesto que cada Legislatura de las entidades federativas debía postular a un candidato a Ministro, con lo cual existían opciones por cada miembro del Pacto Federal.

En esa dirección, los requisitos para que una persona integre la terna de Ministros se encuentran previstos en el artículo 95 constitucional, que establece seis exigencias para ser electo ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La primera de ellas es que el candidato debe ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles, a pesar de que no se encuentra limitado con precisión el alcance de estos conceptos.

Los derechos políticos, en general, no han encontrado una definición que pueda satisfacer los intereses de los estudiosos de este tema e, inclusive, cuando se trata de precisar el significado de la voz, los propios diccionarios jurídicos –aun los especializados– no coinciden.

Algunos lo remiten al derechos constitucional, otros a derechos cívicos, otros más a derechos de los ciudadanos; lo cierto es, como lo manifiesta Luis Sánchez Agesta: “la expresión derechos políticos corresponde a una terminología científica que no encuentra, normalmente, correspondencia en los textos escritos”.<sup>100</sup>

Empero, se puede afirmar que los derechos civiles y políticos que no deben estar restringidos al candidato son aquellos a los que refiere el artículo 35

---

<sup>99</sup> Astudillo, César, en Von Bogdandy, *et. al.* (coords.), *op. cit.*, p. 350.

<sup>100</sup> Gámiz Párral, Máximo N. y Rivera Rodríguez, José Enrique (coords.), *Las aportaciones de las entidades federativas a la reforma del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 365.

constitucional, en sus fracciones I, II, III, VI y VIII; en correlación con la fracción VI, del artículo 41 de la misma norma fundamental, que dispone que el sistema electoral garantizará la protección de los derechos políticos de los ciudadanos de votar, ser votados y de asociación.

En esta situación, el candidato deberá tener pleno goce de sus derechos a votar en las elecciones populares; poder ser votados para cargos de elección popular; asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país; poder ser nombrado para cualquier empleo o comisión del servicio público; y votar en las consultas populares.

Asimismo, el ciudadano integrante de la terna enviada por el Ejecutivo debe tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación, es decir, que puede no haberlos cumplido aun cuando fue sometido a la aprobación del Senado, mientras que alcance la edad requerida el día de la votación y designación.

Del mismo modo, el integrante de la terna debe poseer el día de la designación, con antigüedad mínima de diez años, título profesional de licenciado en derecho, expedido por autoridad o institución legalmente facultada para ello; así como gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión; pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza y otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena.

En cuanto a la autorización como licenciado en derecho, esta resulta insuficiente para garantizar la competencia del candidato a integrar el máximo tribunal del país, puesto que no se somete a consideración el ejercicio profesional que se realizó con esa autorización de la autoridad, con lo cual, a su vez, no se verifica el mérito para ocupar dicho puesto.

Esto en perjuicio del derecho de los justiciables a una audiencia pública y con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial, garantizado en la segunda oración del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. “El requisito de la competencia,

independencia e imparcialidad de un tribunal en el sentido del párrafo 1 del artículo 14 es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna.”<sup>101</sup>

Permitir la pérdida de la independencia judicial nos llevaría al desgobierno judicial “ante la pérdida del valor constitucional de la independencia del poder judicial, reflejándose esto en una deplorable administración de justicia”<sup>102</sup>; pues significaría que el objetivo la impartición cambiaría para cumplir con la voluntad de quien lo subordina.

La patrimonialización política del poder judicial, y la masificación de la demanda por parte de los ciudadanos, el primero la voracidad política no solo ha eliminado al poder judicial, sino que ocasionalmente incide en el servicio perturbando su funcionamiento. Lo segundo corresponde a presionar la oferta para que rinda más prestaciones y presionar sobre la demanda para intentar reducirla.<sup>103</sup>

Finalmente, demanda que el candidato haya residido en el país durante los dos años anteriores al día de la designación; y no haber sido Secretario de Estado, Fiscal General de la República, senador, diputado federal ni gobernador de algún Estado o Jefe de Gobierno del Distrito Federal, durante el año previo al día de su nombramiento.

*b. La aprobación del Senado de alguno de los integrantes de la terna*

Considerando los requisitos anteriores, se facultó al Senado de la República para designar a un Ministro para cubrir alguna vacante en la Suprema Corte, de entre la terna que somete a su consideración el presidente de la República, así como otorgar o negar su aprobación a las solicitudes de licencia o renuncia de

---

<sup>101</sup> Consejo de derechos humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, *Observación general número 32*, CCPR/C/GC/32, Naciones Unidas, Estados Unidos de América, 2007, p. 7.

<sup>102</sup> Nieto, Alejandro, *El desgobierno judicial*, España, Editorial Trotta, 3ª ed., 2005, p. 298.

<sup>103</sup> *Ibíd.*, p. 296.

estos, que le someta dicho funcionario, en atención a lo dispuesto por el artículo 76, fracción VIII, de la misma Constitución.

Para realizar dicha designación, los candidatos deben comparecer ante el Senado, sin embargo, dicha comparecencia no se encuentra normada, por lo cual no existe un procedimiento instaurado que permita garantizar la cualificación de los candidatos elegidos de entre la terna que el Senado recibe del Presidente de la República, aunque esa sea la justificación de la regla.

La comparecencia es un componente esencial para asegurar un procedimiento de designación abierto, transparente y vigoroso. Su finalidad consiste en realizar una valoración general y exhaustiva de las personas propuestas para indagar si el perfil con el que se presentan, las cualidades de las que son portadores, la preparación que han consolidado y la experiencia que han adquirido en su vida profesional son acordes y suficientes para llenar las expectativas de una función de la relevancia que tiene la custodia de la Constitución.<sup>104</sup>

A diferencia de lo planteado en la cita anterior, la comparecencia se realiza al interior de un órgano político que representa a las Entidades Federativas en el Pacto Federal, por lo cual no puede, si quiera indirectamente, hablarse de que la discusión se realiza con representantes del pueblo como sucedería en caso de que la comparecencia se realizaría en la Cámara de Diputados o en ambos, a través el Congreso de la Unión.

Cabe recordar que en el texto original de la Constitución se dispuso la participación del Congreso de la Unión como colegio electoral para la elección de miembros de la Suprema Corte, por lo que se estaba en presencia de un mecanismo de elección popular indirecta de los Ministros.

(Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, artículo 96) Los miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación serán electos por el Congreso de la Unión en funciones de Colegio Electoral, siendo indispensable que concurren cuando menos las dos terceras partes del número total de diputados y senadores. La elección se hará en escrutinio secreto y por mayoría absoluta de votos. Los candidatos serán previamente propuestos, uno por cada Legislatura de los Estados, en la forma que disponga la ley local respectiva.

---

<sup>104</sup> Astudillo, César, en Von Bogdandy, *et. al.* (coords.), *op. cit.*, p. 361.

Si no se obtuviere mayoría absoluta en la primera votación, se repetirá entre los dos candidatos que hubieren obtenido más votos.

Del mismo modo, el procedimiento no prevé la participación de especialistas en la impartición de justicia, que provengan del propio Poder Judicial, el Consejo de la Judicatura, instituciones o particulares educativas dedicadas a la ciencia jurídica que asesoren u emitan su opinión a los senadores, ni siquiera una comisión especial dentro de la propia cámara que previo a la consideración del pleno, evalúen el cumplimiento, al menos, de los requisitos objetivos.

De igual manera, la Comisión Interamericana considera que para fortalecer la independencia de las y los operadores de justicia que integrarán los más altos puestos dentro del poder judicial, fiscalía o defensoría pública, resulta conveniente incluir la celebración de audiencias o de entrevistas públicas, adecuadamente preparadas, en las que la ciudadanía, las organizaciones no gubernamentales y otros interesados tuvieran la posibilidad de conocer los criterios de selección, así como a impugnar a las candidatas y candidatos y expresar sus inquietudes o su apoyo.<sup>105</sup>

Para ello, es importante considerar el contenido del Informe número 10(2007) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) a la atención del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el Consejo de la Justicia al servicio de la sociedad, dado que México es miembro observador del Consejo de Europa; el cual expone criterios para garantizar la cualificación de los miembros de un Consejo de Justicia.

Si se puede admitir que, teniendo en cuenta la importancia de la posición del juez en la sociedad y para subrayar el carácter eminente de su función, el nombramiento o la promoción tome la forma de un acto oficial procedente del Jefe de Estado, es importante que éste, se vincule a una propuesta realizada por el Consejo de la Justicia. No basta, efectivamente, que dicho órgano sea consultado para que opine sobre un proyecto de nombramiento preparado por el poder ejecutivo, ya que el simple hecho de que el proyecto proceda de una autoridad política puede afectar la

---

<sup>105</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 36.

imagen de independencia del juez, cualesquiera que sean las cualidades personales del candidato propuesto al nombramiento.<sup>106</sup>

Como se ha expuesto, a primera vista, los artículos 89, fracción XVIII, y 76, fracción VIII, de la Constitución, parecen conceder al Senado de la República la más importante responsabilidad en el procedimiento de designación de Ministros, dado que propiamente a éste es quien tiene la tarea última de expedir los nombramientos y licencias, así como aceptar las renunciaciones.

A pesar de ello, el Senado no se limita más que a votar por las personas que eligió el Ejecutivo Federal para conformar la terna enviada, de forma que dicho procedimiento se torna extremadamente procedimental, máxime si tomamos en consideración el contenido del artículo 96 constitucional, en cuanto a que si el Senado no resuelve dentro del plazo de treinta días, ocupará el cargo de Ministro una de las personas que fue parte de la terna pero libremente elegida por el Ejecutivo.

Lo mismo sucede cuando el dispositivo constitucional anteriormente referido, en su segundo párrafo decreta que el Senado únicamente podrá rechazar una terna de candidatos a Ministros, puesto que de hacerlo por una segunda ocasión, nuevamente se le otorga la oportunidad al Ejecutivo de elegir libremente a una de las personas que fuese integrante de la segunda terna.

La relación entre política y justicia no es simple. [...] Se trata de un espacio donde los límites entre los correspondientes terrenos son difusos, límites cuya trasgresión por parte de la política nos conduce rápidamente al escenario indeseable de subordinación del espacio de la justicia, y cuya trasgresión por parte de la justicia nos conduce a un escenario indeseable de la intervención de funcionarios no electos en el espacio de funcionarios electos.<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> Consejo de Europa, *Informe número 10(2007) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) a la atención del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el Consejo de la Justicia al servicio de la sociedad*, Francia, 2007, p. 9.

<sup>107</sup> Ansolabehere, Karina, *La política desde la justicia, cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, Fontamara, México, 2007, p. 19.

Analizar este procedimiento de designación resulta trascendente desde la perspectiva de la separación de poderes, dependencia-independencia de la Suprema Corte, dado que su integración recae en el Legislativo y Ejecutivo, pero también desde el punto de vista democrático y su correlación con la participación ciudadana en asuntos públicos; por lo que esta segunda vertiente es con la que se plantea trabajar en la presente investigación.

## *2. La democracia como régimen político*

Como se dijo en el primer capítulo, el régimen político tiene trascendencia en el entendimiento social del sistema jurídico, pues dota de legitimidad a las normas que lo conforman pero, además, limita el ejercicio del poder político, en primer lugar por la forma en la que se incorporan autoridades y, en segundo, por las facultades que a ésta se le otorgan.

Un sistema político es un todo integrado, [...] un sistema presidencialista, por ejemplo, opera de diferente manera según se combine con un sistema de representación proporcional o con otro sistema electoral, con un sistema bipartidista o pluripartidista, con un sistema de partidos poco disciplinados e integrado, o con partidos con fuerte integración o disciplina, con un Parlamento unicameral o bicameral, con un régimen federal o unitario, con un contralor de constitucionalidad concentrado o difuso.<sup>108</sup>

En este escenario, la Constitución mexicana establece en su artículo 25, en primero lugar, que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar su régimen democrático; disposición que refrenda en el artículo 40, en el que establece que el pueblo mexicano se constituye en una República democrática y también, decreta que las entidades federativas deberán adoptar el mismo régimen democrático en su organización interior, según lo dispone el artículo 115 de la misma norma fundamental.

---

<sup>108</sup> Santiago Nino, Carlos, en Cárdenas Gracia, Jaime, *Transición política y reforma constitucional en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, p. 148.

*Res publica* es 'cosa de todos', mientras que la democracia estaba, en Aristóteles, por 'cosa de una parte' (el demos como parte del todo). Y si democracia alude al 'poder de alguien' (de una parte), *res publica*, en cambio, alude al interés general, al bien común; *res publica* designa, entonces, un sistema político de todos en el interés de todo.<sup>109</sup>

En esa tesitura, a pesar de lo que podría verse como una contradicción entre República y régimen democrático, nuestra Constitución establece un sistema multipartidista conforme a la fracción I, de su artículo 41, que instala que los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de los órganos de representación política, es decir, los Poderes Legislativo y Ejecutivo.

Otro aspecto del régimen democrático establecido en la constitución es la composición del Poder Legislativo, el cual se deposita en un Congreso General que se divide en dos cámaras, una de diputados y otra de senadores, en atención al contenido del artículo 50 constitucional; con integrantes que serán electos según principios de mayoría relativa y también bajo criterios de representación proporcional.

Esto último de acuerdo con los artículos 51 al 54, 56 y 59 de la Constitución Federal. Adicionalmente, este régimen democrático se complementa con tribunales con funciones de constitucionalidad concentrada, de acuerdo con el artículo 103 constitucional, que faculta para que los Tribunales de la Federación resuelvan toda controversia que se suscite:

Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

---

<sup>109</sup> Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, trad. de Miguel Ángel González Rodríguez, Tribunal Federal Electoral, Instituto Federal Electoral, México, 1993, p. 143.

I. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y

II. Por normas generales o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

Dicha protección de los derechos humanos tiene especial relevancia en un régimen democrático. *“Si no hay adecuada protección y defensa de los derechos humanos, la democracia no tendría contenido, no sería ni formal, porque ella no es simple estructura, sino algo vivo y dinámico que se actualiza constantemente a través de la Constitución, el orden jurídico y la vida cotidiana.”*<sup>110</sup>

Es por ello, que el régimen democrático mexicano se complementa con el contenido del artículo primero constitucional, que dispone, medularmente, que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, además de que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

En atención a lo anterior, dada la periodicidad en la renovación de los puestos de decisión política conforme a criterios de elección popular, puede afirmarse que el régimen democrático previsto en la Constitución se encuentra normado en la misma.

### *3. La democracia como un sistema de vida.*

El artículo 3 de la Constitución establece que el criterio que orientará la educación que todo individuo tiene derecho a recibir por parte del Estado, será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un

---

<sup>110</sup> Carpizo, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, p. 108.

régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.

Es decir, la democracia trasciende a la norma y al gobierno. “Hugo Zemelman hace énfasis en el aspecto económica y social; afirma que la ‘democracia es una aspiración a una mejor convivencia en cuanto permita superar las desigualdades y las injusticias’. A través de la democracia se debe garantizar que la distribución de la riqueza beneficie a toda la sociedad.”<sup>111</sup>

Este derecho también se encuentra contenido en el artículo 13, fracción 2, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales *Protocolo de San Salvador*, el cual dispone que la educación deba capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista.

En esa tesitura, la Constitución también establece que la manifestación de ideas como elemento democrático, al afirmar en su artículo 6, inciso B, fracción V, que la expresión de la diversidad y pluralidad de ideas y opiniones que fortalecen la vida democrática de la sociedad.

Por lo que hace al desarrollo nacional, el artículo 25 constitucional consigna que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático; por lo que se deduce que el desarrollo económico se visualiza como un elemento para la vida democrática.

El PNUD concibe a la democracia como una gran experiencia humana, ligada a la búsqueda histórica de libertad, justicia y progreso material y espiritual. Por ende, es una experiencia permanentemente inconclusa. La democracia es más que un régimen de gobierno. ‘Es más que un método para elegir y ser elegido. Su sujeto, más que el votante, es el ciudadano’. Así es. No más. No menos.<sup>112</sup>

En ese mismo sentido, el artículo 26, inciso A, de la norma fundamental establece que el Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, competitividad, permanencia

---

<sup>111</sup> *Ibíd.*, p. 109.

<sup>112</sup> *Ibíd.*

y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación; lo cual confirma que la democracia no sólo es tratada en la Constitución como un régimen democrático y una estructura jurídica.

## II. LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DE LA DEMOCRACIA COMO RESTRICCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

La democracia ha sido reconocida desde el plano internacional como un derecho para los ciudadanos de los Estados, este reconocimiento está contenido en tratados como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, de carácter regional, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

El artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de reunión pacífica, el cual es un elemento para un sociedad democrática, no obstante, dicho derecho se prevé restringido por disposiciones de la ley “que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.

Lo mismo sucede cuando regula el derecho a la asociación, en su artículo 22, pues si bien en su sub numeral 1, expresa que toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses, más adelante, en su sub numeral 2, establece la siguiente restricción:

2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

En este escenario, este tratado internacional, surgido en la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones

Unidas, no ofrece una mejor protección de los derechos humanos a los que ofrece la Constitución mexicana; no obstante, México es parte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de esa misma organización.

Empero, al igual que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece a la democracia no como un derecho, sino como una restricción al ejercicio de los derechos de los individuos, cuando en su inciso 1, del artículo 29, establece que:

En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

En este panorama, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos expone, en su preámbulo que es el propósito de los Estados Americanos signatarios, consolidar en el continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.

Cabe mencionar que los preámbulos, como parte integrante del texto del tratado internacional, son una de las primeras y también muy reconocidas fuentes de su interpretación, pues dejan de manifiesto los fines del tratado en cuestión, y sirven para entender cuál fue la voluntad de los creadores de dicho instrumento, además de la siguiente consideración:

Algún autor ha impugnado el valor jurídico de los preámbulos, afirmando que no son más que <<advertencias al lector>> o una especie de prefacio o prólogo. Otros han hablado de una fuerza obligatoria inferior a la de la parte dispositiva.

Tales opiniones parecen poco consistentes si se considera que el preámbulo más que un <<flatus vocis>> es parte integrante de un texto jurídico positivo y que, por consiguiente, debe estar llamado a desempeñar un papel en la regulación de las relaciones internacionales que son objeto del tratado.<sup>113</sup>

---

<sup>113</sup> Corriente Córdova, José Antonio, *Valoración jurídica de los preámbulos de los tratados internacionales*, EUNSA, España, 1973, p. 23.

Sin embargo, al igual que las convenciones en materia de derechos humanos surgidas en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, también establece a la sociedad democrática como una limitante al derecho de asociación, en su artículo 16, inciso 2, al disponer que todas las personas tienen derecho a asociarse con diversos fines pero que tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática.

Lo mismo hace al regular en su artículo 22, el derecho de circulación y de residencia, puesto que dispone que el ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, lo que, a contrario sensu, permite dicha limitación nuevamente bajo el argumento de la democracia.

No es óbice a lo anterior que esta convención aclare que las limitaciones a los derechos so pretexto de la democracia, son para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden público, la moral o la salud pública o los derechos y libertades de los demás.

Aunque, el artículo 29, inciso c, de la misma convención establece que ninguna disposición de ella, puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; más adelante, en su artículo 32, inciso 2, establece que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Ante ello, es evidente que estas convenciones no incluyeron como obligación para el Estado, proporcionar a sus ciudadanos un régimen democrático más allá de las elecciones de representantes y el derecho de los ciudadanos a votar y ser votados; sino que únicamente hace referencia a las sociedades propiamente democráticas para restringir derechos.

### III. LA PARTICIPACIÓN EN LA DIRECCIÓN DE ASUNTOS PÚBLICOS COMO DERECHO LIMITADO EN LA CONSTITUCIÓN

El derecho a participar en la dirección de asuntos públicos ha sido reconocido desde el plano internacional como un derecho para los ciudadanos de los Estados, este reconocimiento está contenido en el artículo 25, inciso a, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 21, inciso 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, el artículo 23, fracción 1, inciso a, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

Este derecho se encuentra reconocido para todos los ciudadanos, sin restricciones indebidas, de los derechos de: A) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; B) votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; y C) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Por lo que hace al derecho de participar en la dirección de asuntos públicos, este se encuentra abiertamente establecido en la Constitución mexicana, al disponer el artículo 35 constitucional, fracciones III y VI, que es derecho del ciudadano asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país y poder ser nombrado para cualquier empleo o comisión del servicio público, teniendo las calidades que establezca la ley.

En cuanto a la frase, “asociarse individualmente” parece contradictorio, puesto que una persona se puede asociar siempre que exista otra persona con quien coligarse; en ese sentido pareciera que, a primera vista, el ejercicio de este derecho está supeditado a la agrupación del ciudadano con otros individuos, lo cual equivaldría a una interpretación restrictiva de dicho derecho.

El primer artículo reformado fue el 35 constitucional en su fracción II, para añadir la característica de que la asociación política, la manera de vincularse a una agrupación o partido político sea estrictamente individual. Hasta antes, la fracción III, que se refiere a los derechos de los ciudadanos decía: asociarse ‘libre y

pacíficamente' para tomar parte en los asuntos políticos del país, este era el derecho consagrado. Ahora dice: asociarse "individual' y libremente; se introdujo la característica de individual, para la asociación política, con el objeto de combatir o evitar lo que se ha llamado afiliación corporativa."<sup>114</sup>

Aunque este derecho que se encuentra expresamente establecido en la Constitución también es acotado, en la misma norma fundamental, por funciones y tareas en las que de forma expresa se permite la participación de los ciudadanos mexicanos en determinados asuntos públicos. Ello a pesar de que la participación ciudadana fortalece la democracia, como se reconoce en el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana.

Artículo 6. La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.

De acuerdo con el paradigma del Estado Constitucional, en el cual se reconoció que los preceptos contenidos en la Constitución deben hacerse efectivos, incluso si no se encuentran previstos de forma complementaria; debe realizarse una interpretación de este derecho que permita su ejercicio y garantice la vigencia de la norma fundamental.

De esta forma, la participación directa de los ciudadanos en los asuntos de interés público está tomando un papel protagónico en el ejercicio de derechos políticos y por lo tanto en el fortalecimiento de la democracia; de hecho, Bobbio, en 1986, refiriéndose a la ampliación del proceso democrático, advertía sobre la necesidad de aumentar los espacios donde los ciudadanos pudieran participar directamente en la toma de decisiones.<sup>115</sup>

---

<sup>114</sup> Andrade, Eduardo, *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica 25, La reforma política de 1996 en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, México, 1997, pp. 73 y 74.

<sup>115</sup> Ulisse Cerami, Andrea Davide, *El derecho a participar directamente en la toma de decisiones sobre asuntos públicos como mecanismo para la protección ambiental*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2015, p. 18.

Así pues, en una sociedad democrática, el ejercicio de participar en los asuntos públicos no debe limitarse a la selección de las autoridades mediante el voto y a la posibilidad de los ciudadanos de asociarse para contender por dichos cargos de elección popular, sino también en verificar e influir en la gestión de estas.

Tradicionalmente, el análisis y el desarrollo de los derechos políticos se ha limitado principalmente al derecho de sufragio activo y pasivo, y en el derecho a acceder a las funciones públicas sin discriminación. Sin embargo, el derecho a participar directamente en la dirección de los asuntos públicos siempre ha sido incluido en los principales tratados de derechos humanos como una de las formas para ejercer los derechos políticos [...].<sup>116</sup>

Desde esta perspectiva, si bien el Estado de reservó para sí el monopolio de la instauración de las normas generales y abstractas, también debe permitir que los ciudadanos participen en su creación. Es por ello por lo que, por ejemplo, el artículo 73, fracción XXIX-Q faculta al Congreso de la Unión para legislar sobre iniciativas ciudadanas y consultas populares.

Asimismo, en el caso de Poder Ejecutivo, se prevé en el artículo 26, inciso A, que La ley faculte al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática, y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y los programas de desarrollo.

Ante tal contexto, es evidente que se requiere también la participación ciudadana en la conformación del Poder Judicial de la Federación, así como en la evaluación de la gestión que este realiza, como forma de garantizar el derecho de participar en asuntos públicos y fortalecer la sociedad democrática mexicana en cuanto la impartición de justicia.

La Comisión valora lo informado por algunos Estados en el sentido de que contemplan audiencias públicas para la elección de candidatos a magistrados o magistradas de altas cortes, así como aquellos cuyos marcos normativos consagran que la lista de candidatos y candidatas para magistrados deben ser publicadas en diarios de circulación nacional, o bien, en los cuales se regula expresamente la

---

<sup>116</sup> *Ibidem.*, p. 16.

participación de sectores sociales en la selección del o de la defensora pública garantizando mecanismos de publicidad y de objeción ciudadana. En suma, la CIDH considera que los mecanismos dirigidos a una mayor publicidad, participación y transparencia, tal y como lo ha indicado la Relatora Especial de la ONU, contribuyen a tener mayor certeza sobre la integridad e idoneidad de las y los operadores designados y a brindar confianza a la ciudadanía sobre la objetividad del proceso.<sup>117</sup>

Por lo hasta aquí expuesto, el derecho a participar en la dirección de asuntos públicos transforma una democracia electoral en una democracia participativa, que permita una discusión más amplia de los temas que por su importancia afectan a la comunidad, por lo cual se requiere una mayor cantidad de voces que permitan vislumbrar un escenario con mayores posibilidades de solución a los retos que la colectividad enfrenta.

Asimismo, dada una mayor intervención por parte de agentes sociales, se legitima las soluciones o resoluciones que se den a los asuntos públicos, no por el aspecto cuantitativo de los actores que se inmiscuyen, sino por una deliberación que, conforme a los criterios racionales, sea más transparente, abierta y consensuada entre los miembros de la sociedad.

Con lo cual, las ideas del contractualismo, en las que se reduce la participación del ciudadano a un acto excepcional en la creación del Estado y, una vez conformado, éste sustituye la voluntad general por la voluntad del soberano, resulta rebasada, puesto que se faculta la intervención del ciudadano en una cantidad cada vez mayor de asuntos públicos.

Por el contrario, la idea de la democracia constitucional permite establecer mayores límites al ejercicio del poder público, en cuanto a su capacidad para tomar unilateralmente las decisiones sobre los asuntos públicos, misma que debe distribuir entre agentes sociales diversos, para conformar una democracia participativa.

---

<sup>117</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 36.

### CAPÍTULO TRES. LOS PROCESOS DE SELECCIÓN Y NOMBRAMIENTO DE LOS MINISTROS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El 31 de diciembre de 1994 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el decreto mediante el cual fueron reformados los artículos 21, 55, 73, 76, 79, 89, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 116, 122 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que tuvo como consecuencia una reforma a la integración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Con ello se modificaron, al reformar la fracción II del artículo 97, las facultades del Senado de la República, para acreditarle para ratificar los nombramientos que el Ejecutivo Federal realizara de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Es decir, la Constitución exponía que el nombramiento de los integrantes del máximo Tribunal Constitucional eran realizados de forma directa por el Presidente de la República.

Esta circunstancia representaba una falta de sistematicidad de la fracción II, con la fracción VIII, del mismo artículo, pues este último faculta al Senado a designar a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de entre la terna que someta a su consideración el Presidente de la República, así como otorgar o negar su aprobación a las solicitudes de licencia o renuncia de estos, que le someta dicho funcionario.

Lo mismo sucedía con el contenido del artículo 89, fracción XVIII, que faculta al Ejecutivo para presentar a consideración del Senado, la terna para la designación de Ministros de la Suprema Corte de Justicia y no, al menos expresamente, para realizar su nombramiento de forma directa.

En ese escenario, se reconocía parcialmente que la participación del Senado era únicamente para ratificar las designaciones enviadas por el Ejecutivo, como aun lo hace con los Secretarios de Estado. Esta situación continuó hasta la reforma publicada en 9 de agosto del 2012, en la cual se eliminó la referencia a que los Ministros eran ratificados por el Senado.

Por otro lado, se modificó también el artículo 94 constitucional, para reducir el número de Ministros de veintiuno a once, como estuvo originalmente planteado en la Constitución de 1917 y, a su vez, se eliminó la figura de los cinco Ministros supernumerarios. Asimismo, se trasladaron las facultades de la Corte sobre la administración del Poder Judicial Federal al Consejo de la Judicatura Federal; institución que fue creada en la misma reforma.

Otro cambio importante fue que los Ministros dejarían de tener un cargo vitalicio para asumir un puesto únicamente por quince años, sin posibilidad de ser reelegidos. Aunque el último párrafo de dicho artículo expone que una persona podrá ser nombrada para un nuevo periodo únicamente si hubiera ejercido el anterior cargo con el carácter de provisional o interino.

Adicionalmente, en la reforma a la fracción II, del artículo 95 Constitucional, se eliminó la restricción para que alguna persona mayor de sesenta y cinco años ocupara el cargo de Ministro, como inicialmente fue planteado en la Constitución de 1917.

Por su parte, en la fracción III, del mismo artículo, se estatuyó que el candidato, al día de la designación, contara con título profesional de licenciado en derecho, con antigüedad mínima de diez años y expedido por autoridad o institución legalmente facultada para ello.

Esta es la primera ocasión en que la reforma a la Corte establece un aumento a los requisitos para ocupar el cargo de Ministro, puesto que antes de ella, la antigüedad del título de licenciado en derecho debía ser de cinco años y, con anterioridad a ello, en la Constitución original, no se preveía antigüedad alguna en ese requisito.

Mientras que, por lo que hace a la fracción IV de dicho artículo, nuevamente se presenta una disminución en los requisitos para acceder al puesto, dado que la exigencia de haber residido en el país durante antes del día de la designación pasa de cinco a dos años.

En último lugar, en la modificación de este artículo Constitucional se decidió adicionar una fracción V que estableció la limitación para ocupar el asiento de Ministro en caso de haber sido Secretario de Estado, Procurador General de la

República o Justicia del Distrito Federal, senador, diputado federal, o titular del poder ejecutivo de alguna entidad federativa, durante el año previo al día de su nombramiento.

A continuación, se expone un cuadro en el que se presenta el procedimiento de nombramiento de Ministros, contenido en el artículo 96, en su versión original en la Constitución Política de 1917 y sus dos posteriores reformas, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 20 de agosto de 1928 y la mencionada del 31 de diciembre de 1994:

Tabla 1 Reformas al artículo 96 Constitucional

Constitución de 1917	Reforma del 20 de agosto de 1928	Reforma del 31 de diciembre de 1994
<p>Los miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación serán electos por el Congreso de la Unión en funciones de Colegio Electoral, siendo indispensable que concurren cuando menos las dos terceras partes del número total de diputados y senadores. La elección se hará en escrutinio secreto y por mayoría absoluta de votos. Los candidatos serán previamente</p>	<p>Los nombramientos de los Ministros de la Suprema Corte, serán hechos por el Presidente de la República y sometidos a la aprobación de la Cámara de Senadores, la que otorgará o negará esa aprobación dentro del improrrogable término de diez días. Si la cámara no resolviera dentro de dicho término, se tendrán por aprobados los nombramientos. Sin la aprobación del Senado,</p>	<p>Para nombrar a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Presidente de la República someterá una terna a consideración del Senado, el cual, previa comparecencia de las personas propuestas designará al Ministro que deba cubrir la vacante. La designación se hará por el voto de las dos terceras partes de los miembros del Senado presentes, dentro del improrrogable plazo de</p>

<p>propuestos, uno por cada Legislatura de los Estados, en la forma que disponga la ley local respectiva.</p> <p>Si no se obtuviere mayoría absoluta en la primera votación, se repetirá entre los dos candidatos que hubieren obtenido más votos.</p>	<p>no podrán tomar posesión los Magistrados de la Suprema Corte nombrados por el Presidente de la República. En el caso de que la Cámara de Senadores no apruebe dos nombramientos sucesivos respecto de una misma vacante, el Presidente de la República hará un tercer nombramiento que surtirá sus efectos desde luego, como provisional, y que será sometido a la aprobación de dicha Cámara, en el siguiente periodo ordinario de sesiones. En este periodo de sesiones, dentro de los primeros diez días, el Senado deberá aprobar o reprobar el nombramiento, y si lo aprueba o nada resuelve, El Magistrado nombrado provisionalmente, continuará en sus funciones con el carácter</p>	<p>treinta días. Si el Senado no resolviera dentro de dicho plazo, ocupará el cargo de Ministro la persona que, dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República.</p> <p>En caso de que la Cámara de Senadores rechace la totalidad de la terna propuesta, el Presidente de la República someterá una nueva, en los términos del párrafo anterior. Si esta segunda terna fuera rechazada, ocupará el cargo la persona que dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República.</p>
--	--	---

	<p>de definitivo. Si el Senado desecha el nombramiento, cesará desde luego en sus funciones el Ministro provisional y el Presidente de la República someterá nuevo nombramiento a la aprobación del Senado, en los términos señalados.</p>	
--	--	--

Elaboración propia.

Es posible observar que el diseño primigenio del sistema de selección y nombramiento de Ministros atendió a un sistema democrático representativo, pues estableció la participación de los representantes populares en el proceso y, también, fortaleció el pacto federal al permitir que cada una de las entidades federativas tuviera la posibilidad de designar un postulante, a través de sus legislaturas.

En ese mismo sentido, este sistema permitía una representación, que si bien no garantizaba ser multicultural, si era geográficamente diversa y, además, dejaba la responsabilidad de su nombramiento no solamente al Poder Legislativo Federal, sino también a los legisladores estatales.

Posteriormente, con la reforma de 1928, el sistema cambió radicalmente, al excluir de la carrera a los congresos locales y, también, a los diputados federales, con lo cual el Legislativo únicamente se encontraba representado por el Senado de la República, al facultarle a aprobar el nombramiento realizado por el Ejecutivo Federal.

Además, fue eliminado el procedimiento electoral, no hubo más candidaturas, y se convirtió la facultad de establecer nombramientos en exclusiva del Ejecutivo Federal, situación que permanece hasta el presente. Escenario en el cual los representantes del pueblo quedan excluidos del procedimiento, dado que los senadores son más bien representantes de las Entidades Federativas frente al Pacto Federal.

La facultad de aprobación del Senado, en las condiciones en las que se estableció, se asemeja más a la posibilidad de vetar dos nombramientos del Ejecutivo, puesto que en caso de que no exista pronunciamiento alguno por la cámara, el Ministro nombrado ocupará el cargo o, si no aprueba dos nombramientos, ocupará el cargo como Ministro interino.

Esta nueva visión del procedimiento dejó de lado a la democracia representativa, para transitar a una democracia contractualista, en el sentido de que se fortaleció la figura del soberano capaz de tomar decisiones una vez que le fue cedido el poder por el pueblo; debido a que el Ejecutivo fue facultado para nombrar Ministros sin la participación de otros órganos del Estado.

Finalmente, entre los cambios establecidos con la reforma de 1994, se abandonó la figura del nombramiento por la de una terna, con la cual, el Ejecutivo debía enviar una pluralidad de candidatos de entre los cuales el Senado elegiría quien debía ocupar la vacante en la Suprema Corte. Además se ampliaron los plazos para la intervención del Senado.

En primera instancia parece que se amplió el poder de decisión del Senado en el proceso, al tener más opciones para elegir al integrante de la Corte, pero en realidad se disminuyó, dado que en el anterior esquema no había forma en que el Ejecutivo nombrara a un Ministro definitivo sin la aquiescencia del Senado, lo que en el nuevo esquema sí es posible.

Lo anterior, dado que si una segunda terna fuera rechazada por el Senado, ocupará el cargo de forma definitiva la persona que dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República y, no de forma provisional hasta el siguiente periodo ordinario de sesiones, como se instituía hasta antes de esta reforma, con lo cual, la elección del Ejecutivo persistiría a pesar de la negativa del Legislativo.

Ahora bien, este nuevo procedimiento giró parcialmente a la teoría de la democracia deliberativa, al establecer en el procedimiento la figura de la comparecencia, con la cual el candidato deberá, mediante técnicas discursivas, racionales y de dialogo, convencer a los Senadores para que sea designado como Ministro y dotarle de legitimación.

Para evaluar los procesos de selección de los Ministros que integran la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la actualidad, se debe examinar las características de este método de selección proporcionados por el marco legal descrito en el presente apartado.

## I. LIBERTAD, CONTROL E IGUALDAD DEL PODER POLÍTICO EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE MINISTROS

Para el presente estudio, utilizamos parcialmente los parámetros proporcionados por el barómetro de la democracia<sup>118</sup>, el cual gira sobre tres ejes principales, libertad, control e igualdad, considerados como elementos fundamentales de la democracia y, por tanto, utiliza subcomponentes de estos para medir su calidad.

El estudio parte de la premisa de que un sistema democrático trata de establecer un buen balance entre la normativa de los valores interdependientes de libertad e igualdad, para lo cual se requiere el control de las autoridades instituidas; esto último como característica distintiva de la democracia frente a las autocracias.

La libertad puede definirse como la ausencia de la heteronomía (Berlín, 2006). Proteger y garantizar los derechos individuales bajo un seguro estado de derecho, son algunas de las mínimas condiciones necesarias para los regímenes democráticos (Beetham, 2004). La democracia y el estado de derecho se consideran incluso equiprimordiales o 'gleichursprunglich' (Habermas, 2001). Solo en un gobierno en funcionamiento bajo el estado de derecho, donde el Estado está obligado a seguir eficazmente la ley y actuar claramente de acuerdo con

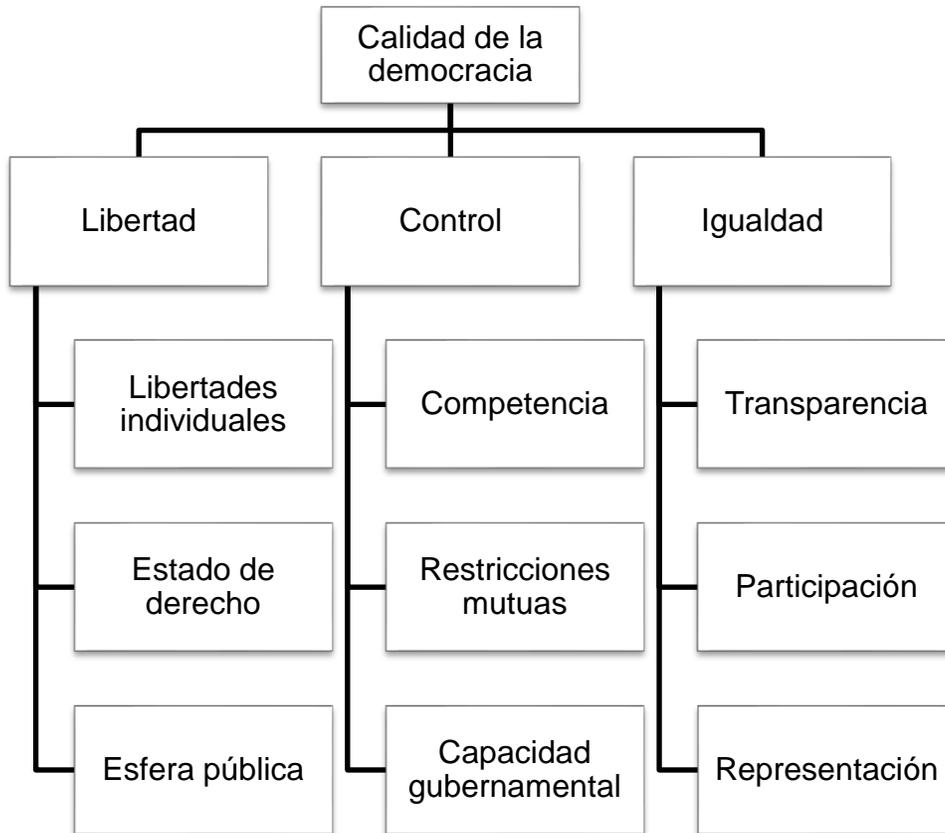
---

<sup>118</sup> Véase BÜLMANN, Marc, *et al.*, *The democracy barometer: A new instrument to measure the quality of democracy and its potential for comparative research*, Suiza, European Political Science, 2011, pp. 519-536.

prerrogativas definidas (Elster, 1988), pueden estar seguros los individuos que están protegidos de un estado que infrinja su libertad personal.<sup>119</sup>

Por ello, verificaremos uno por uno los elementos que permiten evaluar la calidad de la democracia en un Estado, para valorar la pertinencia de su aplicación como método para evaluar la calidad democrática de un sistema de selección de autoridades judiciales.

Tabla 2 Vista general, calidad de la democracia, principios y funciones - árbol conceptual<sup>120</sup>



Adaptación de: Wolfgang, Merkel, *et. al.*, *Democracy Barometer, Methodology*, versión 6. Suiza, Aarau: Zentrum für Demokratie, 2018, p. 13.

<sup>119</sup> BÜLMANN, Marc, *et al.*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>120</sup> Wolfgang, Merkel, *et. al.*, *Democracy Barometer, Methodology*, version 6. Suiza, Aarau: Zentrum für Demokratie, 2018, p. 13.

## 1. *Libertad*

En este escenario, se dice que existe libertad cuando existen libertades individuales que tienen como objetivo principal la protección del derecho a la integridad personal, tanto de trasgresiones del Estado o de otros ciudadanos, y también, el derecho de los ciudadanos a conducir libremente su vida sin la intromisión de las autoridades.

Si bien esta característica no resulta directamente evaluable en el proceso de selección de Ministros, se encuentra vinculada, pues resulta un componente primario para que pueda desenvolverse la vida democrática de un país. En ese sentido, el presente estudio parte del entendido que México es un Estado democrático y que existen las libertades individuales, por los motivos que a continuación se exponen.

### *A. Libertades individuales*

Esa presunción parte de las provisiones constitucionales que establecen que en México las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de la prohibición de la esclavitud, expuestos en el primer y cuarto párrafo del artículo primero constitucional.

Asimismo, se establecen límites al actuar del Estado, en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, que nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante 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.

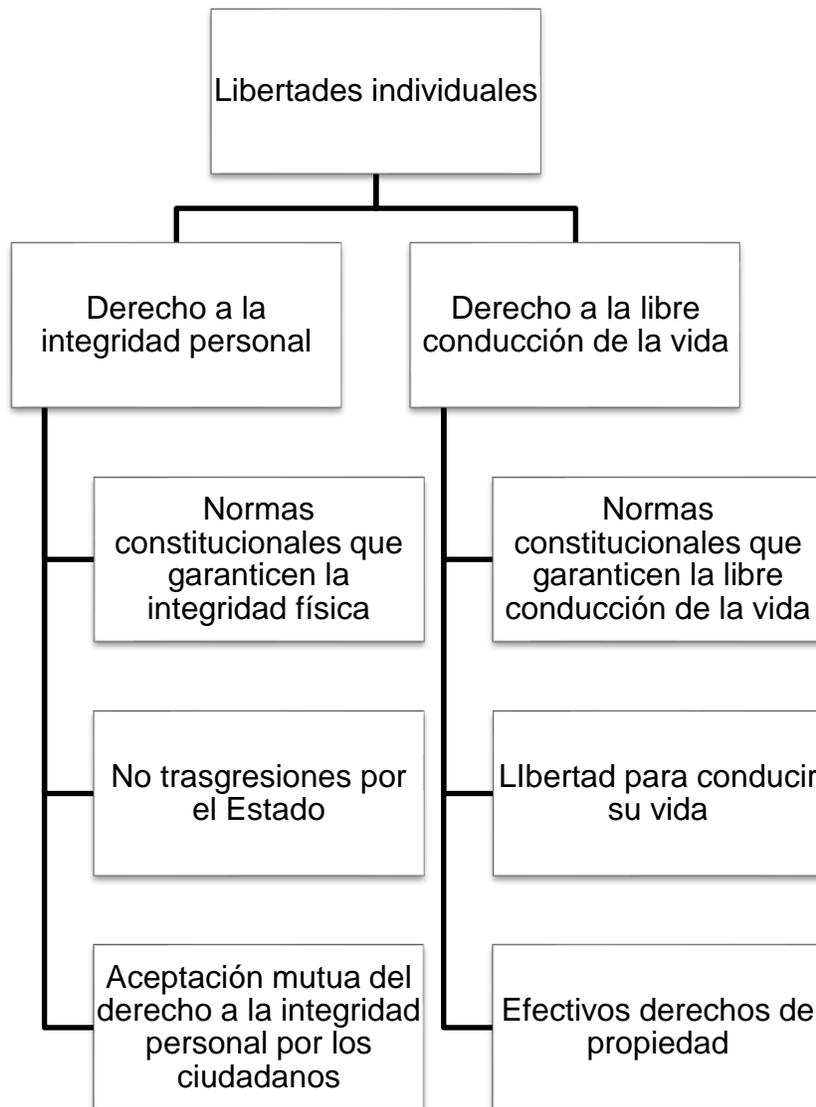
Una provisión igual de relevante para garantizar las libertades individuales se encuentra contenida en el primer párrafo del artículo 16 constitucional, al disponer que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Asimismo, en los artículos 17 al 23 constitucionales, existen las provisiones necesarias para un sistema de justicia penal que castigue los ataques a la integridad de las personas por parte de otros particulares, con lo que se completa una de las tres vertientes de la libertad.

Por otra parte, el derecho de los ciudadanos a conducir libremente su vida se encuentra distribuido en diversas disposiciones constitucionales, como el segundo párrafo del artículo 4, que enuncia que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Igualmente, el artículo 5 constitucional prevé que a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos; por lo que ejemplifican la capacidad que tienen los ciudadanos para tomar decisiones respecto del desarrollo de su vida.

Tabla 2 Libertades individuales<sup>121</sup>



Adaptación de: Wolfgang, Merkel, *et. al.*, *Democracy Barometer, Methodology*, versión 6. Suiza, Aarau: Zentrum für Demokratie, 2018, p. 13.

<sup>121</sup> Wolfgang, Merkel, *et. al.*, *op. cit.*, p. 14.

## *B. Estado de derecho*

Por otro lado, el estado de derecho permite la igualdad ante la ley, con las normas constitucionales para obtener tribunales imparciales y un poder judicial independiente. Además, permite la calidad del sistema legal, con normas constitucionales que garanticen el profesionalismo judicial y la confianza en el sistema de impartición de justicia.

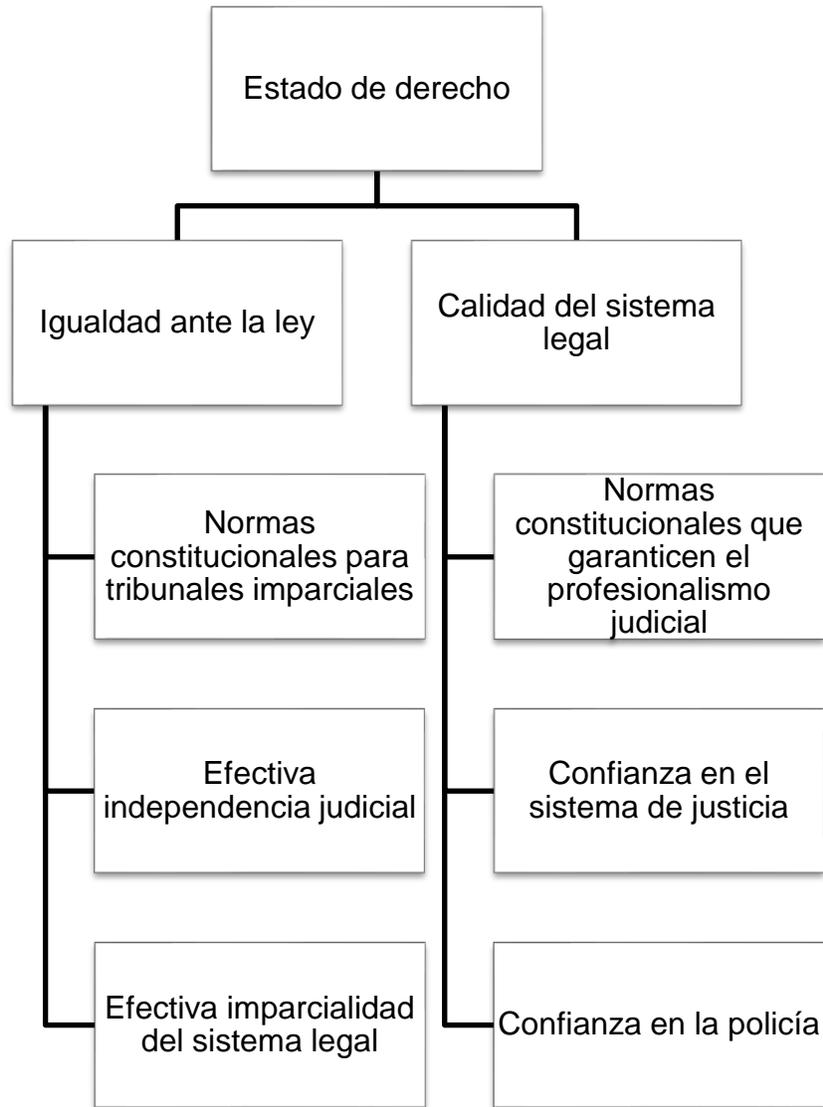
Sobre ello trata el artículo 17 constitucional segundo párrafo, al disponer que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.

Asimismo, el mismo precepto constitucional, en su quinto párrafo, toma medidas para que el sistema judicial sea más abierto, al prever procedimientos orales con sentencias que deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes, con lo que se busca otorgar confianza en el procedimiento de impartición de justicia.

Con el mismo objetivo, el párrafo sexto del mismo artículo programa las leyes federales y locales para que establezcan los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Finalmente, otorga a la Federación y a las entidades federativas, la tarea de garantizar la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población, como servicio profesional de carrera, con percepciones que no pueden ser inferiores a las que corresponden a los agentes del Ministerio Público.

Tabla 3 Estado de derecho<sup>122</sup>



Adaptación de: Wolfgang, Merkel, *et. al.*, *Democracy Barometer, Methodology*, versión 6. Suiza, Aarau: Zentrum für Demokratie, 2018, p. 16.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 16.

### C. Esfera pública

Al verificar la existencia libertades individuales y el estado de derecho, únicamente resta verificar la existencia de una esfera pública de la que nos habla el multicitado estudio:

El principio de libertad se completa con la función de la esfera pública. Aquí, los derechos individuales tienen un propósito esencial colectivo. Participar con otros para expresar opiniones y buscar persuadir y movilizar apoyo se consideran aspectos importantes de la libertad (Beetham, 2004: 62). El discurso sobre política y normas morales lleva lugar en la esfera pública (Habermas, 1992), y una sociedad civil vital y vívida esfera pública son garantizados por la libertad de asociación (componente 1) y la libertad de opinión (componente 2). La libertad sindical debe estar garantizada constitucionalmente.<sup>123</sup>

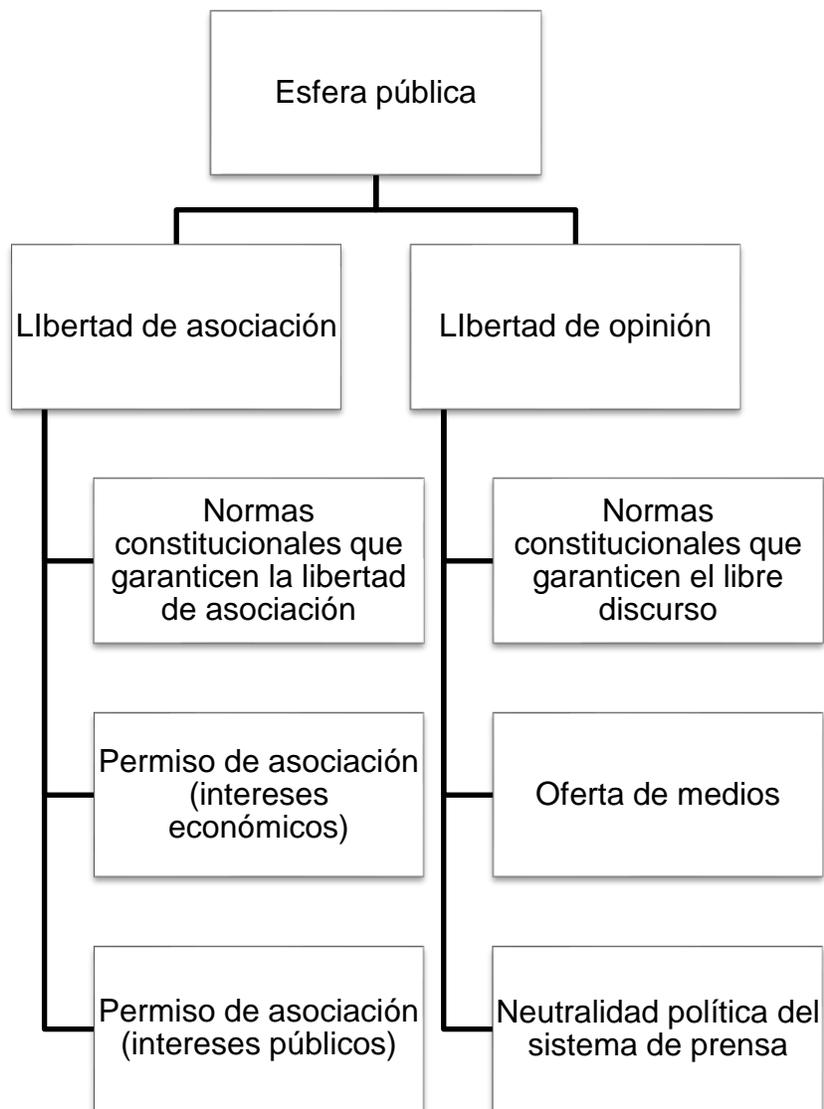
En el caso de México, existen un marco constitucional que busca garantizar la esfera pública, a través del primera párrafo del artículo 6 constitucional que pugna que la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

Esta esfera pública se complementa con el primer párrafo del artículo 7 constitucional, que dispone que sea inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. No se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones.

---

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 16.

Tabla 4 Esfera pública<sup>124</sup>



Adaptación de: Wolfgang, Merkel, et. al., *Democracy Barometer, Methodology*, versión 6. Suiza, Aarau: Zentrum für Demokratie, 2018, p. 18.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 18.

## 2. *Control*

El segundo de los ejes principales que caracterizan la calidad de la democracia es el control, el cual, a su vez, se divide en tres aspectos que lo caracterizan, la competencia, las restricciones mutuas y la capacidad gubernamental.

### A. *Competencia*

El control en cuanto a competencia, se refiere al establecimiento de elecciones libres, regulares y competitivas. Competitivas en cuanto a que no se tenga certeza de que habrá un determinado ganador antes de su realización y que permitan a todos los ciudadanos la posibilidad de contender en ellas.

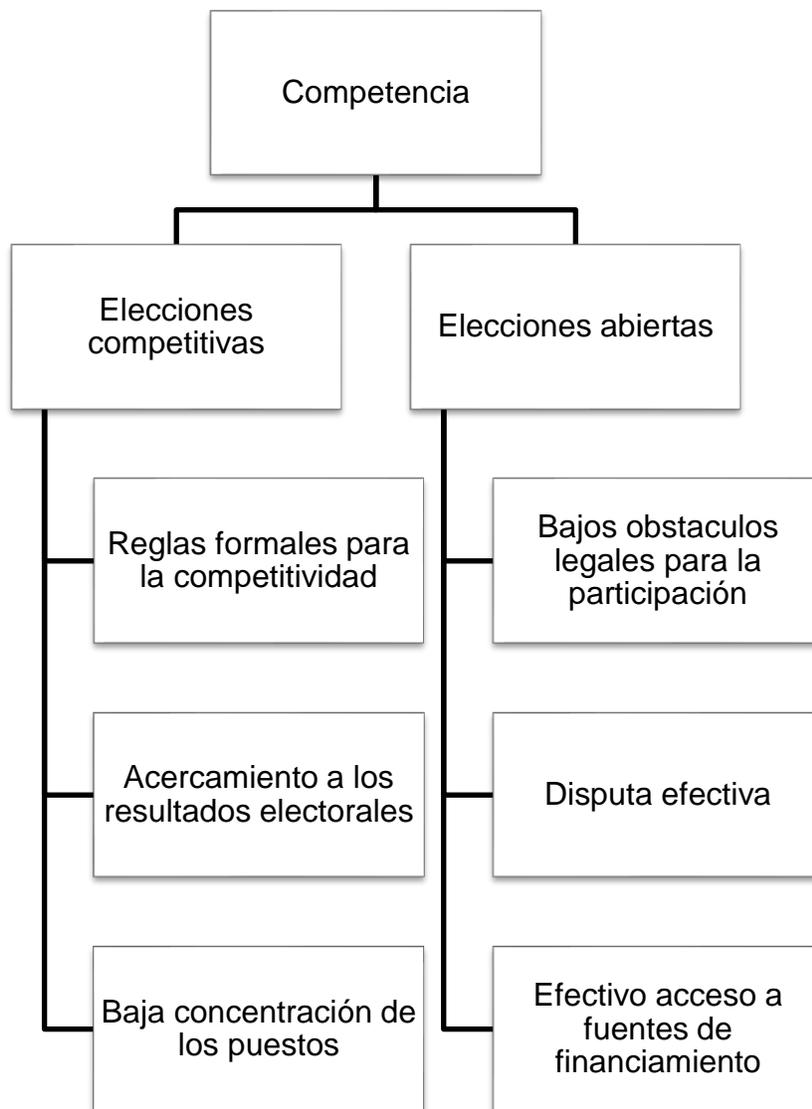
Para ello, debe existir normas establecidas que garanticen la competencia de las elecciones; una cercanía a los resultados de las elecciones; y baja concentraciones de los puestos de poder. Adicionalmente, las elecciones deben ser abiertas; con una efectiva disputa; y el efectivo acceso a fuentes de financiamiento.

En México, las fracciones primera y segunda del artículo 35, reconocen el derecho del ciudadano a votar en las elecciones populares y a poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley.

Así, la posibilidad de competir en las elecciones queda sujeto a lo que se establece como el derecho de solicitar el registro de candidatos ante la autoridad electoral, el cual corresponde a los partidos políticos así como a los ciudadanos que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación.

Mientras que el segundo párrafo del artículo 41 constitucional establece que la renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo se realizará mediante elecciones libres, auténticas y periódicas; aunque que excluye al poder Judicial del control a través de elecciones.

Tabla 5 Competencia<sup>125</sup>



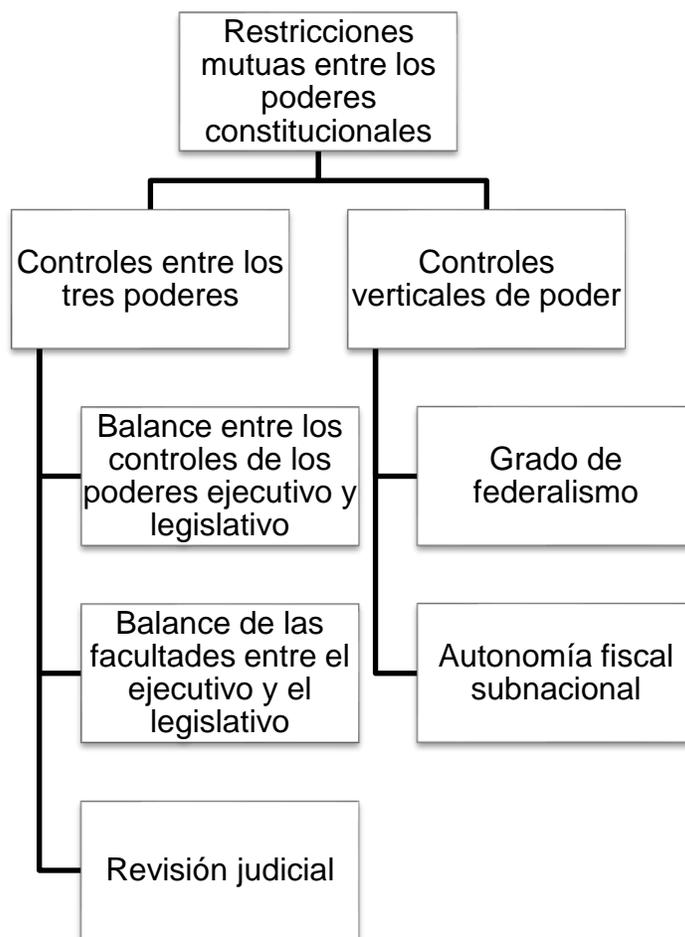
Adaptación de: Wolfgang, Merkel, *et. al.*, *Democracy Barometer, Methodology*, versión 6. Suiza, Aarau: Zentrum für Demokratie, 2018, p. 21.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 21.

### *B. Restricciones mutuas entre los poderes constitucionales*

Por lo que hace a las restricciones mutuas, el barómetro de la democracia únicamente hace referencia al control pero únicamente respecto del balance entre poderes Legislativo y Ejecutivo, al diseñarse como un oposición efectiva y la necesidad de disposiciones constitucionales para mutuas restricciones, en términos de posibilidades de sustitución o disolución entre estas ramas. Mientras que se visualiza el poder Judicial como un órgano revisor de ambos poderes, al revisar la constitucionalidad de las leyes y de las decisiones políticas.

Tabla 6 Restricciones mutuas<sup>126</sup>



Adaptación de: Wolfgang, Merkel, *et. al.*, *Democracy Barometer, Methodology*, versión 6. Suiza, Aarau: Zentrum für Demokratie, 2018, p. 24.

Así, el artículo 49 constitucional dispone que el Supremo Poder de la Federación se divida para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Así como que no podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión; con lo cual se sientan las bases para un sistema de pesos y contrapesos.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 24.

En este escenario, se considera a México como un Estado democrático al cumplir con el elemento básico de libertad individuales y, en sentido amplio, atendiendo a los conceptos de democracia contractualista, constitucional y deliberativa, proporcionados en el capítulo uno, así como los preceptos constitucionales que caracterizan al régimen político y al sistema de vida como democráticos, analizados en el capítulo dos.

### *C. Capacidad gubernamental*

La democracia representativa implica que las preferencias de los ciudadanos sobre los temas de interés público sean trasladadas a las autoridades para su ejecución; la capacidad de un gobierno para cumplir con las responsabilidades encomendadas por la población representa uno de los componentes que permiten valorar la calidad de la democracia.

Una importante característica de la democracia es una cadena de responsabilidades (Powell, 2004). Las preferencias ciudadanas son reunidas, movilizadas, articuladas y agregadas por medio de las elecciones y trasladadas hacia los asientos en el parlamento o en el Legislativo. La cadena tiene una vinculación más profunda llamada responsabilidad de la implementación.<sup>127</sup>

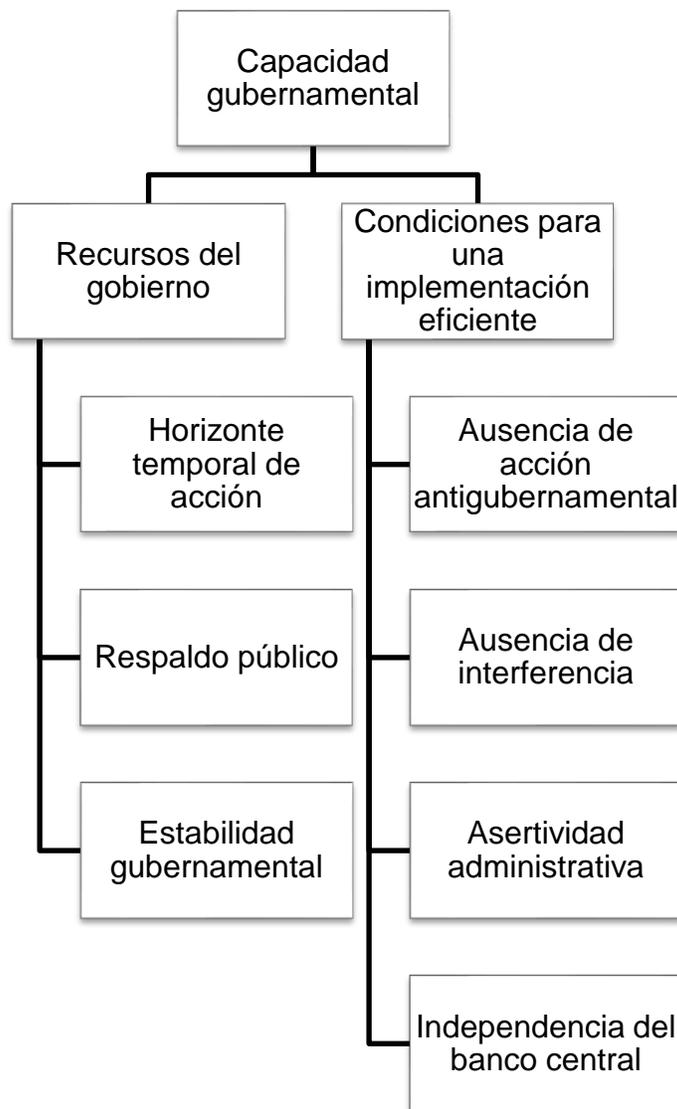
Es inexcusable que el Estado cuente con las fuentes de recursos necesarios para implementar sus políticas, además de un horizonte temporal de acción, el respaldo público para su ejecución y la estabilidad que permita cumplir con las tareas encomendadas.

Otra de las aristas a considerar sobre la capacidad gubernamental, son las condiciones para una eficiente implementación: acciones no antigubernamentales; ausencia de interferencia en la ejecución; afectividad administrativa y, finalmente, independencia del banco central.

---

<sup>127</sup> BÜLMANN, Marc, *et al.*, *op. cit.*, p. 7.

Tabla 7 Capacidad gubernamental<sup>128</sup>



Adaptación de: Wolfgang, Merkel, *et. al.*, *Democracy Barometer, Methodology*, versión 6. Suiza, Aarau: Zentrum für Demokratie, 2018, p. 26.

Dado que este eje pretende evaluar los resultados de las autoridades respecto de su capacidad para cumplir con las tareas encomendadas; no será tomado en cuenta para medir la calidad de la democracia en el proceso de

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 26.

designación de Ministros de la Suprema Corte de la Nación; pues esta investigación se encuentra limitada a verificar las condiciones de su ingreso pero no por lo que atañe a su desempeño.

### 3. *Igualdad*

La igualdad significa que todos los ciudadanos deben tener las mismas prerrogativas para participar en el proceso de toma de decisiones sobre los asuntos públicos, que le atañen a la comunidad.

Igualdad, particularmente igualdad política, significa que todos los ciudadanos son tratados como iguales en el proceso político (Dahl, 1956, 1998), y que todos los ciudadanos deben tener igual acceso al poder político (Saward, 1998). Así, lo bastante abstracto, el principio de igualdad conduce a una mayor y concreta caracterización de la gobernabilidad democrática: inclusión plena de todas las personas objeto de la legislación de un estado democrático.<sup>129</sup>

Aunque se da especial énfasis a la igualdad para intervenir en los asuntos políticos, la Convención Americana de los Derechos Humanos reconoce el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos; con lo cual, la característica de público amplía la esfera de alcance de este derecho humano a otras áreas que bien pueden no considerarse como políticas.

#### A. *Transparencia*

La transparencia, en el barómetro de la democracia, únicamente se define como la ausencia de secrecía; pues se considera que esta última tiene severos efectos negativos en la calidad de la democracia y la igualdad, pues permite actuar fuera del escrutinio público, dado que “provee el terreno fértil en el cual trabajan intereses especiales; la secrecía sirve para atrincherar a los titulares, desalentar la participación pública en procesos democráticos y minar la capacidad de la prensa para proveer un efectivo control en contra de los abusos del gobierno. (Stiglitz, 1999: 14).”<sup>130</sup>

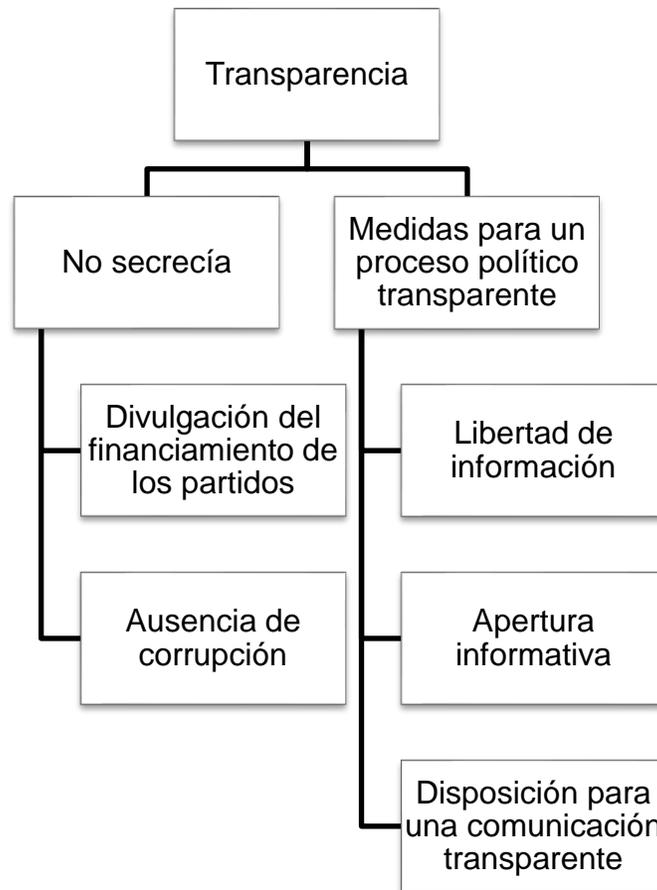
---

<sup>129</sup> BÜLMANN, Marc, *et al.*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>130</sup> *Ibíd.*, p. 7.

Así, si las cuestiones que son objeto de una transacción por parte de las autoridades son asunto de todos los ciudadanos, al tener el carácter de públicas y, consecuentemente, todos aquellos que se vean afectados deben poder conocer esos manejos para asegurarse que se realizan de forma adecuada.

Tabla 8 Transparencia<sup>131</sup>



Adaptación de: Wolfgang, Merkel, *et. al.*, *Democracy Barometer, Methodology*, versión 6. Suiza, Aarau: Zentrum für Demokratie, 2018, p. 28.

El principio de no secrecía existe gracias al derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión, previsto en el segundo

<sup>131</sup> Wolfgang, Merkel, *et. al.*, *op. cit.*, p. 28.

párrafo del artículo 6 de la Constitución, se convierte de una de las herramientas esenciales para tener un proceso transparente.

Asimismo, la divulgación del financiamiento no se limita a los recursos otorgados a partidos políticos sino a toda entidad pública o privada que los reciba o realice actos de autoridad, como lo prevé el mismo artículo 6, inciso A, fracción I, de la Constitución:

[...] I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes.[...].

Con estas medidas, se facilita la revisión por parte del público de las acciones de los entes que reciben recursos públicos y, por ello, se posibilita la detección de actos de corrupción, aunque formalmente no está así establecido en la Constitución mexicana.

Adicionalmente, la fracción IV del mismo artículo 6 constitucional, ordena el establecimiento de mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos que se sustanciarán ante los organismos autónomos especializados e imparciales que establece la misma Constitución.

Aunado a lo anterior, la libertad de información se encuentra garantizada, aunque limitada, en el primer párrafo del mismo artículo 6, al establecer que la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público.

También, la Constitución prevé la apertura de la información al disponer que en la fracción III, del ordinal antes citado, que toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tenga acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos. Con todo ello, se asegura la existencia de una política de comunicación gubernamental transparente.

## *B. Participación*

En una democracia participativa, no limitada a la representación obtenida a través de elecciones, los ciudadanos tienen el derecho a intervenir en la dirección de asuntos públicos, derecho humano reconocido de forma convencional y, por ello, el Estado debe posibilitar que todos los ciudadanos tengan las mismas posibilidades de incidir en las decisiones que les atañen.

Con lo cual, la participación mediante el sufragio únicamente se convierte en el primer eslabón de una cadena de posibilidades de participación ciudadana; misma que debe estar caracterizada no su no selectividad, al no establecer brechas ante las diferentes características sociales que se presentan. Características equivalentes deben otorgarse a las alternativas de participación ciudadana no institucionalizadas.

Derecho de participación que se encuentra reconocido en el artículo 35 de la Constitución, al establecer el derecho a votar y ser votado en elecciones populares; asociarse para tomar parte en los asuntos políticos del país; iniciar leyes; y votar en las consultas populares.

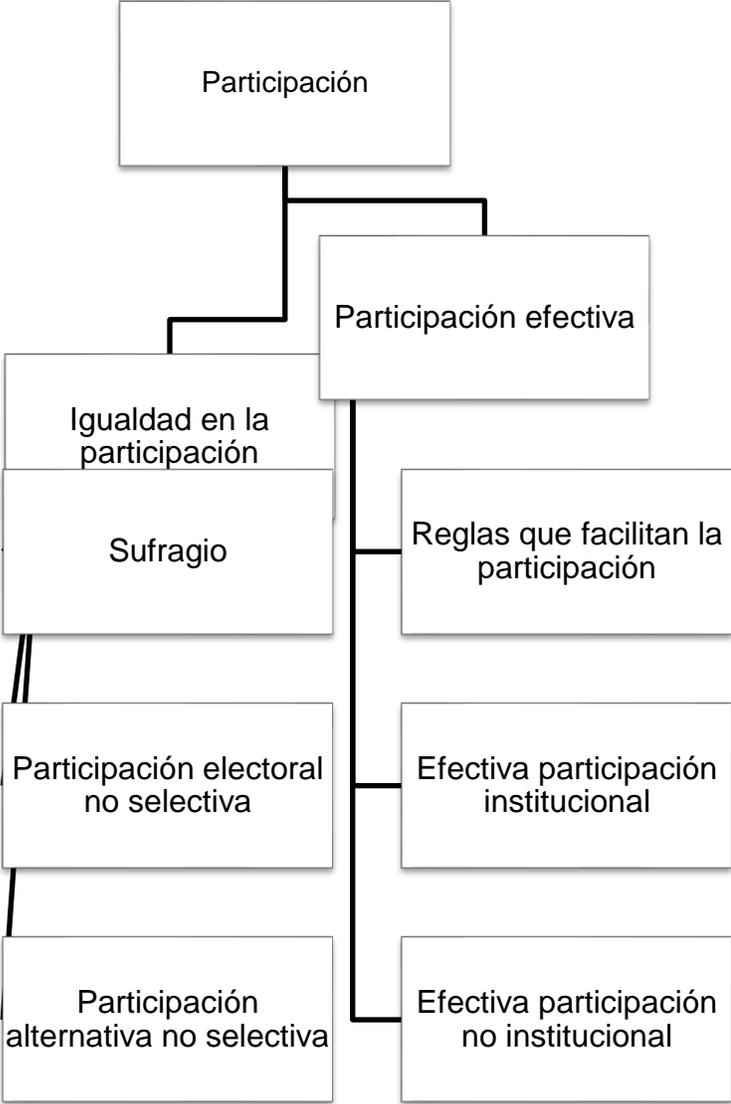
Sin embargo, la participación ciudadana se reconoce como un derecho general en temas políticos, pero no así con la participación alternativa en otros asuntos públicos, los cuales quedan específicamente acotados en el texto constitucional.

En este escenario, por ejemplo, el artículo 2, inciso B, fracción I, expone que las autoridades de los tres niveles de gobierno deben impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con la participación de las comunidades; mientras que la subsecuente fracción IX, dispone que las autoridades deben consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.

Lo que demuestra que este derecho de participación se regula de forma especial para los pueblos indígenas que para otros sectores sociales, a pesar de

que todos los ciudadanos se ven impactados por las consecuencias de la ejecución de un plan de desarrollo.

Tabla 9 Participación.<sup>132</sup>



Adaptación de: Wolfgang, Merkel, *et. al.*, *Democracy Barometer, Methodology*, versión 6. Suiza, Aarau: Zentrum für Demokratie, 2018, p. 31.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 31.

No obstante, el derecho de participación en la dirección de los asuntos públicos debería estar abiertamente reconocido en la Constitución y no estar seccionado, pues para que la participación pueda ser efectiva, deben existir reglas que la faciliten, en concordancia con el derecho de los ciudadanos para conducir libremente su vida, y que le doten de efectividad.

### *C. Representación*

Las democracias modernas requieren que todos los sectores sociales de una población se encuentren adecuadamente representados en el proceso de toma de decisiones sobre los asuntos públicos, es decir, que cuenten con un número proporcional de representantes en relación con el número de ciudadanos representados.

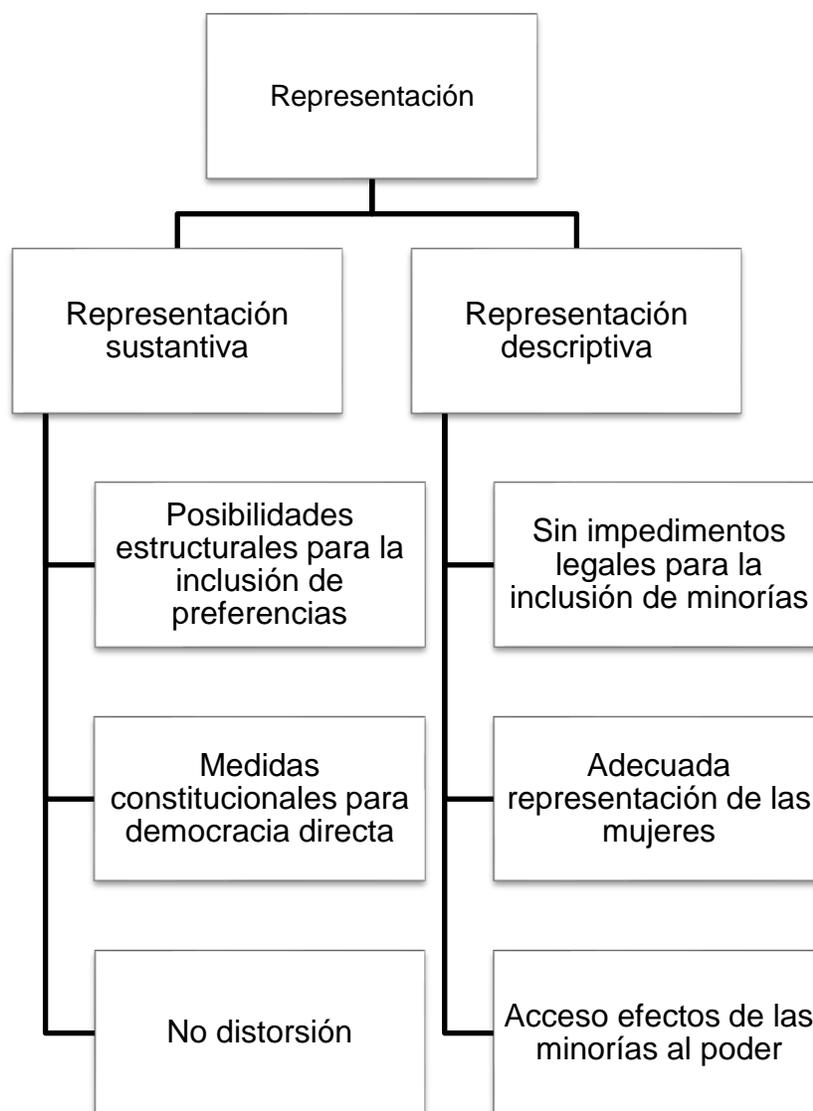
Con este objetivo, el sistema debe contar con reglas que posibiliten la inclusión de representantes de todos los sectores sociales que por sus características particulares exterioricen preferencias o necesidades particulares sobre los asuntos públicos.

De la misma forma, deben existir normas que permitan la participación directa de estos grupos sociales; mientras que se debe evitar la distorsión en el tema cuantitativo de la proporción con las que estos sectores se encuentran representados en congruencia con la población representada y el número total de representantes.

Finalmente, la Constitución debe prever medidas para impedir la restricción a la representación adecuada de todos los sectores sociales, así como garantizar la posibilidad de que miembros de todos los grupos sociales ocupen cargos de poder.

Ello en concordancia con el contenido del artículo primero, último párrafo de la Constitución, que prescribe que queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Tabla 10 Representación. <sup>133</sup>



Adaptación de: Wolfgang, Merkel, *et. al.*, *Democracy Barometer, Methodology*, versión 6. Suiza, Aarau: Zentrum für Demokratie, 2018, p. 34.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 34.

## II. CONDICIONES GENERALES DE IGUALDAD PARA ACCEDER AL CARGO DE MINISTRO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Como establecimos previamente, la igualdad significa que todos los ciudadanos deben tener las mismas prerrogativas para participar en los asuntos públicos. Asimismo, el artículo 35, fracción VI, de la Constitución, establece que es derecho de los ciudadanos mexicanos poder ser nombrado para cualquier empleo o comisión del servicio público, teniendo las calidades que establezca la ley;

Sin embargo, en clara contradicción con el derecho previamente enunciado, el artículo 96 Constitucional, al establecer que para nombrar a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Presidente de la República someterá una terna a consideración del Senado; viola el derecho de participación, pues no permite que los ciudadanos que cumplan los requisitos para ocupar el cargo de Ministro, participen en el proceso de designación y compitan para ocupar el cargo.

De esta manera, queda a total discreción del Presidente de la República las personas que conformarán la terna y, por ende, no todos los ciudadanos tienen las mismas prerrogativas para ser considerados en un asunto que por su trascendencia, tiene consecuencias en la comunidad.

Asimismo, dado que el procedimiento de designación de Ministros establecido con la reforma de 1994 permite al Presidente de la República elegir que ciudadanos tienen la posibilidad de competir para ocupar una vacante en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, también se viola el derecho de participación no selectiva.

Bajo esa tesitura, el artículo 96 no resulta armónico respecto del artículo 35, ambos de la Constitución, así como también viola el derecho a participar en la dirección de asuntos públicos, contenido en el artículo 25, inciso a, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 21, inciso 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y, el artículo 23, fracción 1, inciso a, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

Lo anterior, debido a que este derecho, contemplado en estas convenciones, también contempla la posibilidad de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país, como lo es, el cargo de Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ante ello, es posible afirmar que el procedimiento de designación de Ministro viola el derecho de participación para ocupar un cargo público, el derecho de intervenir en la dirección de asuntos públicos y, en correlación con estos derechos, el principio de igualdad.

### III. CRITERIOS OBJETIVOS

El artículo 95 Constitucional establece los criterios necesarios para que una persona pueda participar en el proceso de designación como Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los cuales se dividen a continuación en dos categorías, como objetivos y subjetivos.

#### A. Los criterios objetivos.

El requerimiento de ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles, no depende de la valoración que un sujeto realice sobre los mismos, sino que puede verificarse al ocurrir alguna de las siguientes hipótesis previstas en el artículo 30, inciso de la Constitución:

- I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.
- II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional.
- III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización.
- IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

Otro criterio objetivo, es tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación, pues existen provisiones legales para certificar la fecha

de nacimiento y con ello, la forma de acreditar plenamente el cumplimiento de este requisito.

El último de los requisitos objetivos previstos en la Constitución, consiste en poseer el día de la designación, con antigüedad mínima de diez años, título profesional de licenciado en derecho, expedido por autoridad o institución legalmente facultada para ello, el cual se acredita con el propio documento.

Ahora bien, los requisitos objetivos proporcionados por la Constitución resulta insuficientes para acreditar la idoneidad de la persona en el cargo de Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues solo garantizan que sea una persona mexicana por nacimiento, mayor de 35 años y con un título profesional de licenciado en derecho expedido con más de 10 años de anticipación.

Sin embargo, no se proporcionan criterios objetivos que permitan determinar con mayor detalle los antecedentes académicos y, con ello, poder establecer pautas de diferenciación entre los candidatos que permitan selección al que presente una mayor preparación.

Lo mismo sucede con los antecedentes de la práctica profesional, pues si bien se exige que el título tenga una antigüedad mínima de diez años, no existen elementos para constatar que el candidato efectivamente se desempeñó en tareas de impartición de justicia, ya sea como integrante del poder Judicial o como operador de justicia; que le signifiquen el mérito necesario para desempeñarse en el cargo de Ministro.

Por otro lado, los requisitos como haber residido en el país durante los dos años anteriores al día de la designación, resultan subjetivos y, por ende, depende de la voluntad del evaluador para determinar el cumplimiento de este, por lo que no significa, en realidad, un criterio de selección eficaz; lo mismo sucede con la exigencia de gozar de buena reputación.

Al respecto, Héctor Fix Fierro subraya que si bien ninguna ley reglamentaria puede estar por encima de la Constitución, la Ley del Servicio Exterior Mexicano precisa los términos de residencia de un diplomático mexicano en el extranjero.

El investigador de la Universidad Nacional Autónoma de México señala la Constitución no precisa qué es lo que se va a entender por residencia, y “la residencia no es un concepto

meramente físico de estar o no en su casa, sino que la residencia está ligada al domicilio y a una relación con el país”<sup>134</sup>

Finalmente, la preferencia otorgada a aquellas personas que hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia o que se hayan distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica, no resulta vinculante para el Presidente de la República y, por ende, no garantiza la idoneidad para desempeñar el cargo.

#### IV. FALTA DE REPRESENTATIVIDAD

Como se pudo observar del apartado anterior, entre los requisitos para ser elegible para ocupar el cargo de Ministro, no se encuentra ninguno tendiente a lograr la representación de los diversos sectores que integran a la sociedad, a pesar de que alguno, por sus particularidades tienen intereses específicos sobre su comunidad, tal es el caso de las minorías y de las mujeres.

A partir del establecimiento del nuevo diseño de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir del 26 de enero de 1995, 24 personas han ocupado el cargo de Ministros, sin embargo, solo cuatro mujeres han logrado obtener ese puesto: Olga Sánchez Cordero<sup>135</sup>; Margarita Beatriz Luna Ramos<sup>136</sup>; Norma Lucía

---

<sup>134</sup> Rueda, Rivelino, *Constitucionalistas difieren sobre elegibilidad de Medina Mora en SCJN*, El Financiero, 23 de febrero de 2015, México, disponible en: <<https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/constitucionalistas-difieren-sobre-elegibilidad-de-medina-mora-en-la-scn>> Fecha de recuperación: 01 de mayo de 2019.

<sup>135</sup> Senado de la República, *Sesión Pública Extraordinaria Celebrada en la Ciudad de México, el 26 de enero de 1995, Diario de los Debates*. LVI Legislatura, Sesión número 8, Primer Periodo Extraordinario, 26 de enero de 1995.

<sup>136</sup> Senado de la República, *Sesión Pública Ordinaria Vespertina de la H. Cámara de Senadores celebrada el jueves 27 de noviembre de 2004*, Diario de los Debates, 27 de noviembre de 2004.

Piña Hernández<sup>137</sup>; y Yasmín Esquivel Mossa<sup>138</sup>; destacando que nunca más de dos mujeres han integrado a la Corte simultáneamente.

Ahora bien, del periodo que va del 26 de enero de 1995 y hasta el 19 de febrero del 2004, solamente hubo una mujer ocupando el cargo de Ministra, por lo que las mujeres solo tuvieron una representación del 09.09% contra un 90.91 de representación que tuvieron los hombres.

Después del 19 de febrero de 2004 y hasta la actualidad, por lo menos, dos mujeres han ocupado de forma permanente el cargo de Ministra, por lo que la representación de las mujeres en la institución pasó a ser de 18.18% frente al 81.82% de representación que mantuvieron los hombres.

Es posible observar que desde hace 15 años, las mujeres no han logrado obtener una mayor representación en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y dado que según los datos proporcionados por la Encuesta Intercensal 2015, la población se compone por un 51.4% de mujeres, existe una falta de proporcionalidad, por lo que no existe una representación por género.

---

<sup>137</sup> Senado de la República, *Sesión Ordinaria de la H. Cámara de Senadores celebrada el jueves 10 de diciembre de 2015, Diario de los Debates, 10 de diciembre de 2015.*

<sup>138</sup> Senado de la República, *Sesión Ordinaria de la H. Cámara de Senadores celebrada el martes 12 de marzo de 2019, Diario de los Debates, 12 de marzo de 2019.*

## CAPÍTULO CUATRO. LA INEFICACIA DEMOCRÁTICA EN LA DESIGNACIÓN DE LOS MINISTROS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El adjetivo de eficaz o ineficaz se obtiene al comprobar si determinada operación alcanza o no el objetivo planteado<sup>139</sup>, es decir, si se genera la situación o se produce el objeto material que motivó la ejecución de una acción y que constituye la pretensión del sujeto que la realiza.

Al tratar el tema de la eficacia democrática en la designación de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, primero se debe dilucidar si el constituyente pretendió que este Poder de la Unión estuviera caracterizado como democrático para, posteriormente, determinar si dicho fin ha sido alcanzado con la reforma constitucional de 1994 que le dio origen al procedimiento actual.

Para cumplir con la primera de las tareas, es necesario acudir al contenido de los artículos 25 y 40 de la Constitución que refieren, respectivamente, un Estado con régimen democrático y a una república democrática; reconociendo el sometimiento de los poderes públicos a la democracia, máxime que el artículo 3 constitucional prevé a la democracia como un régimen político pero, además, como estructura jurídica y forma de vida.

De esta manera, la Constitución expresa la pretensión de dotar al Estado de una característica democrática y, dado que el Poder Judicial, que encabeza la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es parte del poder público del Estado mismo, es posible inferir que la democracia también la caracteriza, al menos de forma dogmática.

Sin embargo, para poder concluir si la democracia tiene una aplicación orgánica, no solo en los poderes Legislativo y Ejecutivo, sino también en el Judicial mediante el procedimiento de conformación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es necesario analizar la correspondencia de las reglas procedimentales que lo rigen en yuxtaposición con las directrices democráticas.

---

<sup>139</sup> Véase Hernández Cruz, Armando, *Eficacia constitucional y derechos humanos*, México, Comisión nacional de derechos Humanos, 2015, p. 12.

Para ello, las teorías de la democracia contractualista y constitucional han funcionado como el marco para la presente investigación en cuanto a la sustancialidad democrática; mientras que el aspecto procedimental de la democracia ha sido examinado desde la estructura de la democracia representativa/electoral, la concerniente a la democracia directa/participativa, y a la democracia deliberativa.

En ese orden de ideas se procede, en primer lugar, a analizar la correspondencia del procedimiento de designación de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México, con algunas de las formas procedimentales de la democracia.

Al respecto, es necesario partir de que la designación de Ministros no tiene un lugar en la estructura jurídica de la democracia electoral prevista en la Constitución; puesto que el artículo 41 de la misma la excluye de una renovación mediante elecciones populares, al establecer que dicho sistema fuese exclusivo para la elección de los poderes Legislativo y Ejecutivo.

Ahora bien, podría considerarse que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se conforma gracias a una democracia representativa, dado que los dos actores que intervienen en el procedimiento de designación de Ministros, es decir, el Ejecutivo y el Legislativo, fueron elegidos popularmente y, debido a ello, personifican al pueblo en el acto de seleccionar candidatos y nombrar funcionarios, sin embargo, técnicamente la representación del pueblo está limitada a los diputados, pues:

[...] El mecanismo de la representación política tiene su aplicación característica en las Cámaras Legislativas; no resulta propiamente de aplicación como consecuencia de la elección democrática de los titulares del Ejecutivo o de las entidades territoriales –mucho menos a toda la miríada de funcionarios a quienes con la fórmula <<directa o indirectamente>> democráticos parece aun pretender extenderse el mismo principio representativo.<sup>140</sup>

---

<sup>2</sup> García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, España, Editorial Civitas, 1995, p. 42.

Lo queda confirmado con lo expresado en el cuarto párrafo del artículo 90 de la Constitución mexicana, que precisa que el Ejecutivo representa a la Federación en los asuntos en que ésta sea parte, los mismo sucede con los Senadores, quienes tienen representación territorial y no popular; mientras que son los diputados quienes se yerguen como representantes de la Nación, según el artículo 51 constitucional, y éstos no intervienen en el procedimiento de designación de Ministros.

Por ende, no resulta consistente, dentro de la lógica constitucional mexicana, que el Ejecutivo sea el medio a través del cual la ciudadanía elija a los miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, visto lo anterior, no puede válidamente establecerse a la integración del Poder Judicial dentro de la práctica de la democracia representativa.

Simultáneamente, esta aseveración obedece a la razón de que en el procedimiento electoral no se contempla una fase específica para la discusión de los posibles candidatos o perfiles de quienes integrarían la Suprema Corte, en caso de ser elegidos los candidatos respectivos a ocupar los cargos de Presidente de la República o Senadores y, consecuentemente, no puede representarse dónde no existió un mandato para ser representado.

Por otro lado, la inclusión de los Diputados en el procedimiento de designación de Ministros, no bastaría para calificar el actual procedimiento como correspondiente a una democracia representativa, puesto que debe repararse primero en la tarea esencial del Legislativo, que lo especializó como uno de los tres poderes público.

Esa tarea consiste –en uso de la representación concedida– en el deber esencial de expedir leyes justas que beneficien al pueblo y por ello “donde el pueblo actúa su poder es en el Parlamento y la forma de ejercicio es precisamente la Ley.”<sup>141</sup> En otras palabras, el Legislativo tiene la función de emitir normas y no de reclutar candidatos para ocupar cargos dentro del Estado.

---

<sup>141</sup> *Ibídem.* p. 44.

En este escenario, no concurren los elementos de la democracia representativa en el procedimiento de designación de Ministros y, como consecuencia, hasta este punto de la investigación, resulta meramente dogmática la caracterización del Poder Judicial como democrático en el aspecto procedimental.

Por lo que hace a los componentes de una democracia participativa, basta decir que esta vertiente tiene como premisa la colaboración entre los ciudadanos y la autoridad para la toma de decisiones sobre los asuntos públicos, más allá de la elección de autoridades políticas.<sup>142</sup>

Sobre ese tema, el procedimiento de designación de Ministros no contempla participación alguna de los ciudadanos sino que, por el contrario, únicamente establece atribuciones discrecionales al Presidente de la República y formales a la Cámara de Senadores para la toma de decisiones sobre este asunto público.

Ante la evidencia aquí recopilada, se tiene que la Constitución no obedece a la lógica de una democracia participativa por lo que hace a la conformación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, dado lo anterior, es estudiar su forma deliberativa.

En cuanto a la correspondencia del procedimiento con una democracia deliberativa, es trascendental considerar que, de acuerdo con esta teoría, la validez de las decisiones se obtiene como resultado de la comunicación política en una situación ideal de comunicación, que debe tener las características ideales expuestas por Habermas:

HABERMAS acuñó el término <<situación ideal de comunicación>> (*ideal speech situation*) para delinear unas condiciones idealizadas de la comunicación argumentativa, las cuales serían capaces de justificar la validez de los enunciados normativos. En esa situación ideal de comunicación no hay restricción internas (sesgos cognitivos, prejuicio) ni externas (*status quo*, escasez de tiempo, coacción, dominación) que determinen el resultado del discurso. Solo la fuerza del

---

<sup>142</sup> González Schmall, Raúl, "Democracia semidirecta y participativa" en Valadés Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Democracia y gobernabilidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, t. II, pp. 86-89.

*mejor argumento* prevalece. Todas las partes afectadas tienen acceso al foro y todas tienen igualdad de oportunidades para expresar con sinceridad sus necesidades, propuestas, intereses y argumentos, sin límites de tiempo. No hay cortas pisas sustantivas de ningún tipo, lo que requiere decir que en el foro puede expresarse cualquier objeción, idea y argumentos (HABERMAS, 1984: 177-178).<sup>143</sup>

De la anterior transcripción se obtiene que el foro, para una situación ideal de comunicación, debe permitir expresar a) necesidades, b) propuestas, c) intereses y c) argumentos, sin limitaciones de tiempo; a las que se puede responder con a) objeciones, b) ideas y c) argumentos; es decir, la comunicación debe fluir en ambos sentidos entre las partes que intervienen.

Con base en lo anterior, se debe identificar si en las dos etapas previstas para la designación de Ministros, existe la comunicación política que toma como elemento la teoría de la democracia deliberativa, como componente necesario para establecer si dicho procedimiento puede identificarse dentro de esta vertiente de la democracia.

En su primera etapa, el procedimiento prevé la conformación de una terna de tres candidatos a propuesta únicamente del Ejecutivo Federal, con la expectativa de que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 95 constitucional. Dado que solo existe la participación de un sujeto en esta fase, no puede hablarse de comunicación política.

Asimismo, que la terna elaborada por el Ejecutivo Federal deba ser comunicada al Senado de la República no representa comunicación en los términos presupuestos por la democracia deliberativa, dado que consiste en el envío de un mensaje en el que medularmente se exponen los nombres de los candidatos a ocupar el cargo de Ministro.

Eso provoca la inexacta de un foro con la situación ideal de comunicación de la que habla Habermas, puesto que la participación del Ejecutivo Federal se limita a exponer la identidad de los candidatos y, por tanto, no incluye la expresión de

---

<sup>143</sup> Linares, Sebastián, *Democracia participativa* epistémica, España, Marcial Pons, 2017, p. 104.

argumentos por ninguna de las dos partes, lo que impide otorgar la validez democrática a las decisiones.

Lo mismo sucede cuando el Senado de la República notifica la aceptación de alguno de los candidatos o el rechazo total de la terna, puesto que existe la misma limitante sobre el contenido de la notificación, que obstaculiza el proceso comunicativo entre los dos participantes políticos del procedimiento.

En la segunda etapa, el Senado de la República debe designar a un candidato para cubrir alguna vacante en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de entre la terna que somete a su consideración el Presidente de la República. Para realizar dicha designación, los candidatos deben comparecer ante el Senado.

Esta comparecencia no cuenta con un procedimiento instaurado destinado específicamente a garantizar la cualificación de los candidatos elegidos de entre la terna que el Senado recibe del Presidente de la República lo cual, en general, podría contemplarse como un aspecto negativo pero que, por otro, podría ilustrar una ausencia de limitantes, lo que derivaría en una situación ideal de comunicación.

A pesar de ello, al igual que en la etapa anterior que impide la argumentación, en esta, la comunicación entre los miembros del Senado de la República tiene una limitante clara que impide considerar a la comparecencia como una situación ideal de comunicación, y es que no permite la existencia de propuestas de candidatos, puesto que esta tarea le fue reservada al Presidente de la República.

Deviene así, como intrascendente, que la comparecencia permita la expresión de necesidades, intereses y argumentos, sin limitaciones de tiempo, a los participantes, puesto que el obstáculo para realizar propuestas convierte a dicho mecanismo en incapaz de otorgar validez a la decisión tomada.

Dada la imposibilidad para llegar a un consenso que permita determinar la opción correcta, no se configuran los elementos necesarios para identificar al procedimiento de designación de Ministros, como dentro del esquema de una

democracia deliberativa; con lo que se confirma que el procedimiento de designación de Ministros no atiende a una forma procedimental de la democracia.

En esta etapa se podría asumir que la designación de Ministros atiende a una democracia contractualista o de la voluntad general, bajo la premisa de que los ciudadanos han cedido, desde el establecimiento del Estado, la capacidad de decisión al Ejecutivo y al Legislativo para que, en uso de la soberanía popular, participen en la selección de los integrantes de la cabeza del Poder Judicial.

Lo que resulta en apariencia coincidente con la consideración de que al Presidente de la República le fue concedida la facultad para presentar a consideración del Senado la terna de candidatos a Ministros y, también, al otorgar al Senado de la República la responsabilidad de designar, de entre los aspirantes, a quienes integrarán la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Lamentablemente, esta afirmación no es precisa, puesto que la soberanía, según establece el artículo 39 de la Constitución mexicana, reside esencial y originariamente en el pueblo, quien la ejerce, según el artículo 41 de la misma Constitución, por medio de los Poderes de la Unión pero, constriñe su aplicación a los casos de la competencia de estos.

Atento a lo cual, el Poder Legislativo se deposita en un Congreso General dividido en dos cámaras, una de diputados como representantes de la Nación y otra de Senadores, a quienes no se les asigna una representación expresa en la Constitución mexicana pero que son asignados por las Entidades Federativas en su representación.

Por otro lado, el Ejecutivo personifica, como se ha dicho anteriormente, a la Federación y no al pueblo, en atención a lo cual puede descartarse que su actuación se realice como símbolo de la voluntad general, debido a que no son las funciones que les fueron asignadas en el sistema.

En este contexto, el único órgano representante del pueblo es la Cámara de Diputados y, sin embargo, no participa en el procedimiento de designación de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por lo cual, no se puede hablar de un proceso en el que giren los engranes de una democracia de la voluntad general.

Visto lo anterior, ahora se procede a analizar las otras formas de democracia sustancial que conforma nuestro marco teórico, comenzando con la democracia constitucional la cual, como vimos en el capítulo primero, supone límites al poder fijados en la Constitución de un Estado.

Estos límites tienen el objetivo de que, sin importar quien llegue al poder, no haya forma de demoler el sistema democrático y trasgredir el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los ciudadanos, dado que:

La democracia constitucional es un sistema democrático con garantía reforzada para defenderse a sí mismo en el que los políticos y sus partidos se encuentran sujetos al control de los gobernados. Los derechos políticos –en realidad todos los derechos establecidos como fundamentales– son indisponibles para el Congreso en su núcleo esencial.<sup>144</sup>

La función de vigilar la no trasgresión al sistema democrático y a los derechos fundamentales, como límites al poder, le corresponde al Poder Judicial, quien en un sistema constitucional, que contemple la separación de poderes, tiene la competencia para conocer de controversias surgidas entre autoridades locales, entre éstas y autoridades federales, entre autoridades federales y, también, entre órganos autónomos.

Sin embargo, esa separación de poderes se pone en duda cuando uno de los poderes tiene la facultad discrecional de nombrar al o los titulares de otro de los poderes; como sucede en el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde los Ministros son designados por el Ejecutivo por ratificación del Senado de la República.

Si existe solo un tribunal supremo, como en el caso americano, a él se aplican todas las observaciones que ya se han hecho en términos generales: es el presidente de los Estados Unidos quien nombra a su discreción a los jueces del Tribunal Supremo, de modo que no sorprende que normalmente tiendan a seguir las pautas políticas del presente que los ha nombrado. En consecuencia, existe un tribunal de tendencia

---

<sup>144</sup> Barceló Rojas, Daniel Armando, *Teoría del federalismo y del derecho constitucional estatal mexicano*, México, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 238.

conservadora si al menos cinco de los nueve jueces han sido nombrados por presentes conservadores.<sup>145</sup>

Situación que causa un efecto negativo sobre la independencia de los Ministros bajo la consideración de que si “el poderoso pudiera influir para que una persona fuese nombrada juez, esa persona, una vez investida con el cargo de juez del Poder Judicial, por gratitud, tendería a beneficiar a su benefactor en sus resoluciones judicial”<sup>146</sup>.

Lo cual pone en duda que las actuaciones la Suprema Corte de Justicia de la Nación se traduzcan permanentemente en límites o contrapeso a los Poderes Legislativo y Ejecutivo pues a “mayor discrecionalidad, menor independencia, entendida como menor capacidad de aislarse de los condicionantes espurios a la hora de conformar la actuación del juez”<sup>147</sup>.

Circunstancias que ponen en duda la contribución del procedimiento de designación de Ministros a una democracia constitucional, en la que se impida el menoscabo al sistema democrático y al núcleo esencial de los derechos fundamentales, puesto que causa su permeabilidad política en perjuicio de la independencia judicial:

[...] En efecto, pues, como se ha visto, allí donde hubiera mediado una articulación jerárquica de los jueces en *carrera*, rematada por la orgánica inserción del supremo de los tribunales en el ámbito de la política, no habrá llegado a abrirse un espacio, siquiera virtual, a la independencia en ninguna de sus vertientes, externa e interna,

---

<sup>145</sup> Taruffo, Michele, “Consideraciones generales sobre la independencia de los jueces” en Nieva Fenoll, Jordi y Oteiza, Eduardo (dirs.), *La independencia judicial: un constante asedio*, España, Marcial Pons, 2019, p. 16.

<sup>146</sup> Barceló Rojas, Daniel Armando, *op. cit.*, p. 411.

<sup>147</sup> Gómez Fernández, Itziar, “Nombrar como manifestación del poder del consejo: discrecionalidad e independencia del juez” en Aguilar de Luque, Luis (edit.), *Independencia judicial y estado constitucional, El gobierno judicial*, España, Universidad Carlos III de Madrid, 2016, p. 99.

más allá de la retórica en que tan fértil ha sido es el folclore judicial. Con el resultado de hacer el vértice jurisdiccional el mayor obstáculo para la efectividad de aquella.<sup>148</sup>

## I. LA DESIGNACIÓN DIRECTA A CARGO DE EJECUTIVO EN TRASGRESIÓN AL DERECHO DE PARTICIPACIÓN NO SELECTIVA.

El derecho a la participación en la dirección de asuntos públicos se ve reflejado en la capacidad real de todos los integrantes de una colectividad de incidir en la toma de decisiones sobre asuntos que repercuten en la sociedad, para lo cual pueden nombrar un representante o actuar por sí mismos, lo que lo convierte en una pieza fundamental de la democracia.

Asimismo, guarda estrecha relación con el derecho a la igualdad puesto que supone que la posibilidad de intervenir en el proceso de toma de decisiones sea igual para todos los integrantes de la comunidad pues esta “idea de igualdad básica está presupuestada en la formulación clásica que afirma el deber estatal de mostrar igual respeto y consideración por todas las personas sometidas a su poder”<sup>149</sup>.

Ahora que, si para asegurar la calidad en la ejecución de la tarea, se establecen ciertos requisitos, estos no deben impedir la participación de una persona o grupo de personas determinados, sino que deben estar justificados racionalmente y de acuerdo con el objetivo que persiga la función a desempeñar.

Es decir, el derecho a participar no debe ser selectivo, al ser reconocido para todos los ciudadanos, sin restricciones indebidas, y que les permita ser tomados en cuenta para elegir la dirección de los asuntos públicos, según el marco convencional y, limitado a lo político en la Constitución mexicana.

---

<sup>148</sup> Ibáñez, Perfecto Andrés, “La independencia judicial y los altos tribunales” en Nieva Fenoll, Jordi y Oteiza, Eduardo (dirs.), *op. cit.*, p. 184.

<sup>149</sup> Alegre, Marcelo, *et. al.*, “Igualdad” en Fabra Zamora, José Luis y Rodríguez Blanco, Verónica (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 1597.

Consecuentemente, votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal y por voto secreto, que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, es la más destacada de las vertientes del derecho de participación y consecuente con una democracia representativa.

Y, no obstante, esta vertiente del derecho a la participación solo garantiza la existencia de una democracia procedimental, que define el método utilizado para la selección de un grupo que, reducido en comparación con el total de la población, tome decisiones en representación de los intereses de quienes los votan y éstas se vean reflejadas tanto en la producción normativa como en las políticas públicas.

Esta forma de democracia resulta importante como elemento legitimador de las normas y de los actos de autoridad, al dar la sensación de que las normas son emitidas por las mismas personas que son sus receptoras y, en ese sentido, la existencia de una identidad entre ambos por el elemento de la representación refuerza la idea de un gobierno de la voluntad general.

Por otra parte, el acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país, conforma la vertiente del derecho a la participación que se encuentra vinculada con una democracia directa, en la que se prescinde de la representación y se permite que las funciones públicas se realicen por personas que lograron intervenir en estos asuntos gracias a procesos abiertos.

Esta inclinación se encuentra establecida en el artículo 35, fracciones III y VI, de la Constitución, al reconocer el derecho del ciudadano para poder ser nombrado para cualquier empleo o comisión del servicio público, teniendo las calidades que establezca la ley.

Aunque, este derecho, de acuerdo con su configuración constitucional, torna pasivo el papel del ciudadano en la obtención del cargo público, puesto que habla de que el derecho es a ser nombrado, mientras que el sujeto que realiza la acción, es decir, el nombramiento no queda identificado dentro de la proposición, sugiriendo que alguien más la realiza.

En estas circunstancias, es que se tiene el procedimiento de designación de los Ministros de la Suprema Corte para ser analizado respecto de los dos pilares descritos en esta última sección: el derecho a participar por la obtención del cargo de todos aquellos que cumplan con los requisitos establecidos y la no discriminación de una o varias personas en el proceso.

En cuanto a los requisitos para ocupar el cargo de Ministro, estos consisten en tener la nacionalidad mexicana por nacimiento; al menos treinta y cinco años al día de la designación; un título de licenciado en derecho con una antigüedad mínima de diez años; gozar de buena reputación; haber residido en el país los dos últimos años previos a la elección y no haber sido Secretario de Estado, Fiscal General de la República, senador, diputado federal ni gobernador de algún Estado o Jefe de Gobierno de la Ciudad de México.

Al analizar estos requisitos establecidos en el artículo 95 constitucional para cubrir una vacante en la Suprema Corte, se tiene un universo muy numeroso de posibles candidatos que cumplirían con las formalidades para acceder al cargo que son ligeras en cuanto a que no prevén mecanismos para conocer la idoneidad de los candidatos.

Para ejemplificar este punto, tan solo en el año 2019, 3,270 títulos de licenciado en derecho adquirieron una antigüedad mínima de diez años, únicamente en lo que respecta a los emitidos por la Universidad Nacional Autónoma de México, según consta en la solicitud de acceso a la información pública con número de folio 6440000189619 (anexo 1).

Tendencia que se mantendrá al menos durante los próximos diez años, puesto que el número de nuevas personas que poseen un título en derecho han sido más de 3000 al año durante ese periodo que, con el paso del tiempo, estos adquirirán la antigüedad requerida y, evidentemente, también la edad mínima para ocupar el cargo de Ministro.

En este escenario, las personas que cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 95 constitucional son miles y, para garantizar el respeto al derecho de participación por la obtención de un cargo público el sistema debe posibilitar

que todos ellos compitan por la elección del cargo en condiciones de igualdad y de no discriminación.

Al respecto de la no discriminación, conviene hacer un paréntesis para tratar el tema del requisito de la nacionalidad por nacimiento para ocupar el cargo de Ministro de la Suprema Corte, puesto que la misma supone una diferenciación entre mexicanos por la manera en que adquirieron su nacionalidad.

Bajo esa tesitura, el procedimiento de designación de Ministros concede derecho a unos y los restringe a los otros, sin exponer una explicación de porqué resulta necesario que los mexicanos que no nacieron con esta nacionalidad sean excluidos y, con ello, se les restrinja el derecho a participar en la obtención de un cargo público.

Resulta importante entender que la nacionalidad identifica una clara conexión y un sentimiento de pertenencia de una persona con un país y, en ese sentido, su concesión debe ser congruente en la consideración de que la persona que la obtiene es parte de la comunidad que se la reconoce.

El concepto de nacionalidad es uno de los sustentos de todo orden jurídico y constitucional. En ella se refleja la conciencia de un Estado, la idea que tiene de sí mismo y es la media de su apertura al exterior y de su introspección dentro de su propia cultura [sic]. Al determinar quién es nacional y quien no lo es, el Estado dibuja un sujeto ideal, una idea de individuo en torno al cual construye todo su edificio cultural.<sup>150</sup>

Así, la nacionalidad es un concepto que puede ser abordado desde los aspectos sociológico, jurídico e incluso el político pues “consiste en la pertenencia a una comunidad y responde a un trasfondo sociológico, del que no puede prescindirse al determinar la nacionalidad de derecho”.<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup> Serrano Migallón, Fernando, “El concepto de nacionalidad en las constituciones mexicanas, Apertura e introspección”, en González Martín, Nuria (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, t. II, p. 567.

<sup>151</sup> Nueva enciclopedia jurídica, tomo XVI, p. 804.

Con base en lo anterior, es posible inferir que se discrimina a los ciudadanos mexicanos que obtuvieron la nacionalidad mediante la realización del procedimiento que la ley establece para ser considerado cómo mexicano y que, consecuentemente, existen mexicanos que gozan de mayores prerrogativas que otros, sin que esa distinción esté debidamente justificada.

Esta situación conlleva a calificar, en principio, al procedimiento de designación de Ministros como viciado por la discriminación injustificada que hace de cierto sector de la sociedad y que se refleja en una restricción a su derecho de participación en la dirección de asuntos públicos.

Por otro lado, se debe analizar si existe la posibilidad real de que de los ciudadanos que cumplen con los requisitos constitucionales compitan para ocupar una de las vacantes que surjan en la Suprema Corte, en cuanto al procedimiento establecido.

Este consiste, en su primera etapa, en la conformación de una terna de tres candidatos a propuesta del Ejecutivo Federal, con la expectativa de que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 95 constitucional, mismos que aquí ha sido descrito.

Hablo de expectativa porque la falta de observancia en el cumplimiento de los requisitos no es verificable previo a la conformación de la terna y tampoco se establece una sanción, una vez detectada durante la segunda etapa del procedimiento.

Establecido lo anterior, se debe cuestionar cómo es que el Ejecutivo Federal reduce un universo de miles de personas que cumplen con los requisitos para ocupar una de las vacantes de la Suprema Corte a solo tres candidatos que incluye en la terna para ser enviada al Senado de la República.

La respuesta a esta interrogante no existe, porque el procedimiento no considera en absoluto la existencia de candidatos más allá de los que elija el Presidente de la República. Esto debido a que no hay un soporte institucional o sistemático para realizar la tarea que tiene consecuencias tan importantes, como las que ha sido analizado en el presente trabajo.

Igualmente, tampoco se prevé la participación de algún otro Poder de la Unión o participación ciudadana en la selección de candidatos, con lo cual la discrecionalidad del Ejecutivo tiene un grado predominante, prácticamente único, en el procedimiento de designación, con lo cual es evidente que tiene injerencia directa en la conformación del Poder Judicial de la Federación.

En estas condiciones resulta necesario cuestionarse si la naturaleza del Ejecutivo Federal, figura que en México recae en una sola persona, le permite convertirse en un reclutador no solo de todos los cargos de confianza de la Administración Pública Federal, quienes deben seguir sus instrucciones, sino también, sobre aquellos que deben fungir como límite a su autoridad.

Esta cuestión tiene una importancia predominante puesto que el alegato máximo del actual sistema de selección y nombramiento de jueces de la Suprema Corte gira en torno a la independencia, imparcialidad y capacidad que deben ostentar los Ministros para no representar los intereses de grupos, sino el imperante estado de derecho.

Hasta aquí, queda evidenciado que ningún ciudadano puede participar en el procedimiento para ocupar una vacante de la Suprema Corte sino cuenta con el respaldo del Ejecutivo Federal, a pesar de que sus capacidades para ejecutar esta importante función pública puedan ser mejores que las que tienen aquellos tres seleccionados por el gobernante en turno.

Ello obedece a la lógica de que, para que tres sean elegidos, miles deben ser descartados, si es que tuvieron el privilegio de ser considerados para ocupar el cargo, o, como más comúnmente sucede, simplemente son ignorados: Sistema de exclusión que impide potencializar los recursos humanos de la Suprema Corte y, también, disminuye las posibilidades de que tenga un mejor desempeño de sus funciones.

En la segunda etapa del procedimiento existe la participación del Senado de la República, con la recepción de los candidatos para su comparecencia ante una cámara que, si bien representa a las entidades federativas frente a la Federación, entra en funciones de evaluador de los candidatos que fueron previamente seleccionados por el Ejecutivo Federal.

Sin embargo, para este acto no existen reglas ni bases que regulen el actuar del Senado de la República ni de los participantes, atento a lo cual, con que los candidatos se apersonen y expongan su currículum o pronuncien algún discurso puede considerarse salvado el requisito constitucional de la comparecencia.

Aunque claro, esto no descarta que los senadores cuestionen a los candidatos sobre algunos temas que, cada uno, a título personal y por voluntad más que por sistematicidad, considera importantes pero que procedimentalmente hablado, no tiene mayores consecuencias.

Mayormente porque los partidos, como grupos de interés, se traducen en grupos parlamentarios y los acuerdos que éstos realizan, entre sus miembros o con otros grupos, determina en mayor medida la aceptación o rechazo de los candidatos pero siempre en consideración de los intereses de los grupos que representan.

Algunos rasgos de democracia deliberativa podrían encontrarse en el método de la comparecencia, que en su ideal permitiría que los candidatos y los senadores deliberen conforme a los criterios racionales y, después de un proceso de reflexión, determinen si el candidato alcanzará los objetivos que se haya planteado para la función de Ministro.

A pesar de ello, esta consideración no estaría en línea con la concepción de democracia deliberativa que Rawls presenta, en cuanto a la relevancia del debate sobre la resolución tomada, puesto que en esta clase de procedimientos, una vez tomada la decisión y de elegido a un Ministro, este resultaría por principio inamovible.

Por lo hasta aquí mencionado, además de establecer que el procedimiento de designación de Ministros discrimina injustificadamente a una parte de la comunidad, también se puede afirmar que no garantiza, respeta ni promueve el derecho a participar, en condiciones de igualdad, para la obtención del cargo de Ministro de la Suprema Corte

## II. LA NECESIDAD DE REQUISITOS ADICIONALES QUE GARANTICEN IDONEIDAD.

Los requisitos establecidos en el artículo 95 constitucional no resultan suficientes para que seleccionar a los candidatos que, necesariamente, resulten idóneos para lograr una Suprema Corte de Justicia de la Nación competente, independiente, imparcial, transparente, con miembros capaces y confiables.

Lo anterior, dado que los requisitos ignoran que la selección debe estar fundada sobre las bases del mérito y de las capacidades, pues si bien puede ser un requisito necesario que el candidato se encuentre versado en temas jurídicos, el título de licenciado en derecho con una antigüedad superior a los diez años no es suficiente para lograr este objetivo.

Sobre todo porque, si bien la experiencia contribuye a una formación adecuada, la formalidad de la antigüedad de un título no garantiza que se haya puesto en práctica los estudios jurídicos que respalda ese título universitarios y, por ende, posibilita una simulación adicional sobre este tema.

En efecto, no debe existir un formalismo para la determinar la experiencia de un candidato, sino que se debe crear un escenario en el que se pueda analizar no sólo la amplitud temporal de la práctica jurídica sino la calidad y efectividad del desempeño obtenido y sobre todo, la contribución a mejorar el estado del arte jurídico que implique tener a los mejores profesionales como miembros de la institución judicial más importante.

Lo mismo sucede con el requisito de los treinta y cinco años cumplidos, que como requisito, es una limitante para acceder al cargo bajo la presunción de que a una menor edad se tiene, necesariamente, una menor experiencia, sin considerar, otra vez, la calidad y efectividad de la práctica realizada por el candidato.

## III. EL PROCESO PÚBLICO DE SELECCIÓN COMO MEDIO DE CONFORMACIÓN DEMOCRÁTICO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El modelo actual de designación de Ministros fue acuñado en una época de transición en México, de la hegemonía del partido gobernantes hacia la

democracia y, sin embargo, no previó un distanciamiento de los órganos jurisdiccionales que funcionaron para el antiguo régimen.

Con un panorama distinto al de otros países, en la configuración de la Corte no se apostó por un tribunal constitucional para la democracia, sino uno que permitiera atender los problemas de la naciente pluralidad política de la última fase del régimen autoritario. Ello explica, quizá, por qué ex el presidente Zedillo optó por designar principalmente ministros que se hubiesen desempeñado como jueces por varios años. La sola idea hubiese sido impensable en la Europa de los años posteriores a la segunda guerra. Como señala Marian Ahumada, “sobre los jueces ordinarios (en Europa) pesaba el lastre de la etapa anterior; justificadamente o no, la tendencia será considerarlos instituciones vinculadas con el régimen pasado y, en esa medida, un poder potencialmente resistente al cambio”.<sup>152</sup>

Ahora bien, una manera en que diversos Estados buscaron alejarse de los regímenes autoritarios que les precedieron fue la utilización de la elección popular en el nombramiento de jueces, para distanciarse claramente de las decisiones arbitrarias que caracterizaban estos nombramientos en el pasado.

Solo unos pocos Estado confían en la elección directa de jueces y juezas por el voto popular. En primer lugar, se pueden mencionar aquí las elecciones en la mayoría de los Estados Federales de EE. UU., así como las de los cantones suizos. Además, hay elecciones populares en China y las hubo en la Unión Soviética y en los Estados del ex Bloque oriental. La elección popular de jueces en este particular conjunto de países responde a diferentes ratios: en los Estados comunistas fue la expresión de una “democracia popular”; en Suiza hace las veces de legado de una tradición acrecentada en siglos de democracia cooperativa de municipio y de cantones; en cambio en los EE. UU. es una reacción a la designación de jueces por los gobernadores nombrados por la Corona inglesa hasta la Guerra de Independencia. [...]<sup>153</sup>

---

<sup>152</sup> Mayer Serra, Carlos Elizondo y Magaloni, Ana Laura, “La forma es fondo, cómo se nombran y deciden los ministros de la Suprema Corte de Justicia”, *Boletín mexicano de derecho constitucional*, México, núm. 23, julio-diciembre 2010, p. 37.

<sup>153</sup> Tschentscher, Axel, “Nombramiento de jueces: entre la elección popular y el autonombramiento”, en Cardinaux, Nancy, Clérico, Laura y D’Auria, Aníbal (coords.), *Las razones de la producción del derecho, Argumentación*

Sin embargo, en el caso mexicano la constitucionalización de la democracia, y el tránsito hacia un Estado Constitucional de derecho, ha sido gradual, por lo cual la imposición de un mecanismo de elección directa de jueces sería artificial sino deviene de un reconocimiento social de la necesidad de apartarse del sistema actual; pero lo que sí no debe soslayarse, es la existencia en el marco convencional de un derecho humano que permite la participación en la dirección de asuntos públicos.

Bajo esa lógica, en estricto respeto al derecho de participación en la dirección en asuntos público, la Constitución debe permitir el acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas del país, como lo son las que lleva a cabo la Suprema Corte de Justicia de la Nación; por lo que es necesario que el sistema se aparte del método discrecional otorgado al Presidente de la República.

Al respecto, se comparte la visión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que considera que los concursos públicos de oposición y de mérito pueden ser un medio adecuado para la designación de operadores de justicia, no solo porque se basan en el respeto a la capacidad profesional, sino porque se convertiría en un procedimiento abierto que otorgaría a todo aquel ciudadano, que cumpla con los requisitos establecidos, competir por la obtención del cargo.

Los concursos deben contemplar la evaluación de los conocimientos del candidato en temas jurídicos y de impartición de justicia, tanto teóricos como prácticos, sin limitarse a miembros de órganos jurisdiccionales, a fin de evitar la creación de una casta que monopolice la estructura.

Asimismo, deberá garantizarse el anonimato de los candidatos, con el fin de que las evaluaciones se realicen sin prejuicios o preferencias personales relacionadas con ellos y, en ese mismo sentido, establecer candados que impidan la realización de actos de corrupción.

---

*constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Argentina, Universidad de Buenos Aires, 2006, pp. 197-198.

Además, resultará necesario asignar a un órgano independiente la tarea de evaluar el cumplimiento de las reglas establecidas para el concurso y, al mismo tiempo, que decida también sobre los recursos interpuestos en contra de las decisiones procedimentales tomadas.

Ello para no convertir a los organizadores del concurso en administradores unilaterales de las vacantes existentes en la Suprema Corte de Justicia de la Nación e igualmente, impedir una concentración en la toma de decisiones a través de un sistema que permita verificar la racionalidad de estas.

#### *1. Inclusión de mecanismos de representación de género e intercultural.*

El actual sistema de selección de Ministros no contempla mecanismos que permitan la presencia de grupos vulnerados en los asientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como son las mujeres, la población indígena o las personas de escasos recursos.

Esta situación ha dado ejemplos de sentencias en las que se deciden los derechos de estos grupos, así como otras resoluciones acerca de la regularidad constitucional de leyes o de interpretaciones legales que también los afectan y, sin embargo, en la toma de tales decisiones no participaron sus miembros.

Es necesario reconocer que la naturaleza de la Suprema Corte no requiere que en su integración tenga representantes de los intereses de ciertos grupos y, aunque se intentara, por su reducido número, no sería posible que todos los actores sociales tuvieran un asiento para la toma de decisiones.

Además, eventualmente esto supondría un conflicto por la contraposición de intereses o intentos para obtener ventajas para los grupos a los que se pertenece y, si bien el actual sistema tampoco lo impide, no es algo que resulte adecuado con el objetivo de un tribunal independiente e imparcial.

A pesar de ello, el procedimiento de designación de Ministros no vigila que los candidatos se encuentren capacitados para defender los derechos de esos grupos, los cuales si son discutidos desde el punto de vista racional, no requieren que los miembros de esta institución formen parte del grupo cuyos intereses estén en conflicto para resolver la controversia de la que es parte.

## *2. Evaluación de antecedentes profesionales y académicos.*

Como se ha mencionado antes, no resulta suficiente la evaluación de los antecedentes profesionales con una lógica formal como la existencia de un título profesional y la delimitación de un número de años de experiencia o de edad, puesto que eso impide entrar a conocer en el fondo las características del candidato.

En ese escenario, se propone un procedimiento de selección de Ministros con una primera etapa en la que se evalúe la capacidad teórica y práctica sobre temas jurídicos e impartición de justicia aplicado mediante un formato estandarizado y un sistema informático para la obtención de resultados que permita maximizar el número de participantes y la fidelidad de los resultados en cuanto a temas concretos.

La creación de estas evaluaciones implicaría una participación de académicos y los tribunales de justicia tanto locales como federales, para detallar el contenido, que garantice que los candidatos que accedan a una segunda fase tengan una formación académica sólida.

Mientras que, en una segunda etapa, debe evaluarse la experiencia desde un punto de vista no cuantitativo sino cualitativo, en el que la exanimación se realice caso por caso para conocer los antecedentes académicos que otorguen detalles sobre su formación y el compromiso que tienen con la independencia e imparcialidad judicial.

Por otro lado, debe evaluarse las contribuciones que el candidato ha hecho al sistema de impartición de justicia o a la mejora del estado del arte, del que se desprenda la posibilidad de mejorar el sistema actual y, finalmente, la buena reputación de la que goza, atendiendo a los diversos sectores sociales, como se desarrollará a continuación.

## *3. Posibilidad de impugnación de candidatos.*

El actual sistema de selección de Ministros no tiene la posibilidad para que un candidato, aunque sea ampliamente repudiado por la comunidad académica,

de impartición de justicia o la sociedad en general, sea vetado del procedimiento de designación.

Esta situación genera una falta de legitimidad del Poder Judicial en cuanto a la percepción social de corrupción y de desatención de la voluntad popular, es por ello, que en el presente trabajo se proponen audiencias públicas con un número determinado de candidatos que, una vez aprobadas las dos primeras etapas del proceso de selección concurren ante una comisión de la Cámara de Diputados, como representante del pueblo.

Estas comisiones deberán ser públicas y transmitidas por los medios de comunicación, de forma que se respete el derecho a la información de los ciudadanos, pero que además, se incluya un mecanismo en el que diversos sectores sociales, como un porcentaje de la lista nominal de electoral, facultades de derecho, las comisiones de derechos humanos o los consejos de las judicaturas locales o el federal, pueda vetar a un candidato que reporte un peligro para el sistema de impartición de justicia y para la regularidad constitucional.

## CONCLUSIONES

Con el surgimiento del Estado moderno, la autoridad soberana se reservó para sí el monopolio de la creación de normas, sin embargo, para que las mismas fuesen reconocidas habitualmente por la colectividad como obligatorias, debe existir una regla de reconocimiento que, sin ningún otro marco de referencia, dote a las otras normas de validez.

Ahora bien, en el Estado Legislativo de derecho existe la expectativa de que las normas son justas por el hecho de que fueron emitidas por el órgano legislativo elegido popularmente y que, al menos ideológicamente, representan la voluntad del pueblo. Esto nos permite apreciar cómo el régimen político tiene trascendencia en el entendimiento social del sistema jurídico, pues dota de legitimidad a las normas que lo conforman.

Igualmente, en el diseño del Estado Legislativo de derecho se previó que la facultad principal y formal del Poder Legislativo fuese la emisión de las leyes que regularan la conducta de los ciudadanos, no obstante, esta facultad es distribuida entre el Legislativo y el Ejecutivo, puesto que éste último cuenta con facultad para presentar iniciativas y promulgar estas normas pues, en su tarea de gobernar y administrar, su herramienta más utilizada es el derecho, con el objetivo de ejecutar sus políticas públicas.

En ese sentido, se puede afirmar válidamente que en este estado de derecho, la Ley se encuentra sometida a la política. Además, para que el ciudadano pudiese ejercitar sus derechos, la prerrogativa debía estar contemplada en una norma que secundaria de la Constitución y de aplicación directa al acto en cuestión.

Este paradigma está siendo sustituido gradualmente con la llegada del Estado Constitucional de derecho, en el cual se reconoce que los preceptos contenidos en la Constitución deben hacerse efectivos, incluso si no se encuentran previstos en la norma secundaria, como forma de garantizar la vigencia de la norma fundamental, principalmente aquellos relativos a las restricciones impuestas al soberano, por lo que se afirma que en este nuevo escenario la política fue sometida al derecho.

El segundo monopolio que la autoridad estatal se adjudicó fue la tarea de impartir justicia, la cual históricamente había sido utilizada como herramienta de legitimación de la riqueza por los poderosos y, que actualmente, corresponde a la garantía jurisdiccional del respeto a los derechos establecidos en el sistema jurídico.

En este contexto, el Estado es quien emite las leyes y quien se encarga de juzgar su incumplimiento, con el objetivo de repararlo o sancionarlo, incluso si las violaciones son cometidas por él mismo; para lo cual se prevé la existencia de un Poder Judicial independiente de los Poderes Ejecutivo y Legislativo e imparcial frente a los intereses de individuos o grupos.

Un tercer monopolio que detenta el Estado es el uso de la violencia; para justificar este último se creó el arquetipo de democracia contractualista, que supone que todos los ciudadanos le han cedido sus facultades a un hombre o grupo de hombres, quienes serán los encargados de tomar las decisiones relativas al uso de la fuerza, con el objetivo de proteger a los ciudadanos de los ataques extranjeros o de los conflictos entre pares.

Con el surgimiento del Estado liberal, que supuso el establecimiento de límites a la actuar de la autoridad estatal, el respeto a la libertad y autonomía de los individuos, la idea de la democracia se fortaleció, pues también supuso límites a la distribución del poder y a quienes ejercían dichas facultades, por lo cual se concibió al nuevo escenario denominado como democracia constitucional.

Estos límites tienen el objetivo de que, sin importar quien llegue a detentar el poder público, no haya forma de demoler el sistema democrático establecido en la Constitución y trasgredir el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Ante ello, la democracia como tal, consiste en el gobierno de las mayorías, sin embargo resulta polémica, dado que las decisiones son tomadas por un órgano separado de la sociedad; por lo cual algunos afirman que únicamente funciona para la consecución de los intereses personales de quienes ocupan los cargos.

No obstante, en la democracia deliberativa se privilegia la discusión sobre la decisión final, como forma de garantizar la racionalidad de las decisiones para alcanzar los objetivos planteados; en la cual deben considerarse los puntos de vista de los afectados por las medidas tomadas, para lo cual la participación ciudadana forma una herramienta significativa de inclusión y que fomenta la salvaguardia de los derechos de las minorías.

En oposición con estos ideales de la democracia, el procedimiento de designación de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se encuentran concentrado en el Ejecutivo Federal, pues tiene la capacidad de conformar las ternas de los candidatos a ocupar una vacante, con lo cual se actualiza una participación selectiva en los asuntos públicos.

Aspirantes de entre los cuales el Senado de la República tendrá que elegir ineludiblemente uno para integrarlo al Poder Judicial de la Federación o, en su defecto, el mismo Ejecutivo realizará directamente la designación; por lo cual, no existen mecanismos que garanticen que el nombramiento no sea entregado a algún candidato por motivos indebidos.

En ese mismo orden de ideas, la comparecencia de los candidatos a Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ante el Senado, no se encuentra normada, en atención a lo cual no existe un procedimiento instaurado que garantice la constatación de la cualificación de los candidatos elegidos de entre la terna enviada por el Presidente de la República, ni se permite la participación de otros agentes sociales en la toma de la decisión.

De esta forma, el actual modelo no contempla la necesidad de la intervención ciudadana en la conformación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a pesar de que ha sido un instrumento, reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para posibilitar que otros agentes sociales propongan u objeten candidatos, de acuerdo el derecho de participar en asuntos públicos y fortalecer el sistema de vida democrático en nuestro país.

Estos datos permiten concebir, como deducción lógica, que el procedimiento de designación de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación viola el derecho de participación para ocupar un cargo público, el derecho

de intervenir en la dirección de asuntos públicos y, en correlación con estos derechos, el principio de igualdad.

Mientras que los requisitos objetivos proporcionados por la Constitución resulta insuficientes para acreditar la idoneidad de la persona en el cargo de Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues solo garantizan que sea una persona mexicana por nacimiento, mayor de 35 años y con un título profesional de licenciado en derecho expedido con más de 10 años de anticipación.

Igualmente, el procedimiento de designación de Ministros no obedece a una lógica de la democracia representativa, con lo que se aparta del nombramiento de autoridades por el voto popular y directo, pero tampoco cuenta con medidas tendientes a lograr que la composición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación refleje la composición de los diversos sectores que integran a la sociedad mexicana, entre lo que destaca métodos para obtener la equidad de género ni la intervención de las minorías.

Asimismo, el procedimiento se escapa conceptualmente de una democracia contractualista, por prever únicamente la participación de representantes de la Federación (Ejecutivo Federal y Senado de la República), lo que refleja que el modelo actual aún preserva las características de un árbitro político para dirimir controversias surgidas entre autoridades locales, entre éstas y autoridades federales, entre autoridades federales y, también, entre órganos autónomos.

Tampoco implementa de forma adecuada los principios de una democracia deliberativa, puesto que no otorga un papel preponderante a la consecución de los objetivos que la impartición de justicia debe perseguir, mediante procesos racionales de solución de problemáticas ni utiliza la herramienta de la participación ciudadana para incluir los puntos de vista de los afectados con la decisión tomada.

Finalmente, no existes requisitos que encaminados a garantizar que la integración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación atienda a una democracia sustancial, en la que los candidatos conozcan y protejan los derechos indecibles de libertad e igualdad, y que impiden que, mediante mecanismos democráticos, se termine con el sistema democrático.

En estas condiciones, resulta necesario reconocer que el actual método de designación de Ministros no tiene por objetivo garantizar la independencia e idoneidad de los candidatos sino posibilitar la conformación de un tribunal constitucional a modo, en beneficio de las políticas públicas del Ejecutivo.

Esto, a pesar de que la principal razón de excluir a la conformación del Poder Judicial de mecanismos de elección popular se dice, es vigilar la imparcialidad e independencia de las decisiones que tomen sus miembros al resolver las controversias.

Por todo lo hasta aquí expuesto, es posible concluir que el proceso de designación de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México, vulnera el derecho de participación en la dirección de asuntos públicos y no corresponde con las características de un Estado democrático.

## BIBLIOGRAFÍA.

- ABELLÁN, Joaquín, *Estado y soberanía*, España, Alianza Editorial, 2014.
- AGUILAR DE LUQUE, Luis, *Independencia judicial y estado constitucional, El gobierno judicial*, España, Universidad Carlos III de Madrid, 2016.
- ANDRADE, Eduardo, *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica 25, La reforma política de 1996 en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, 1997.
- ANSOLABEHERE, Karina, *La política desde la justicia, cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, México, Fontamara, 2007.
- ARAGÓN, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- ARRELLANO GAULT, David y Blanco, Felipe, *Políticas públicas y democracia*, México, Instituto Federal Electoral, 2013.
- ATIENZA, Manuel y FERRAJOLI, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- BARCELÓ ROJAS, Daniel Armando, *Teoría del federalismo y del derecho constitucional estatal mexicano*, México, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- BEOBIDE EZPELETA, Ignacio M. y GORDILLO PÉREZ, Luis I, *La naturaleza del Estado, origen, topología y lógica de actuación política y social*, España, Tecnos, 2012.
- BERUMEN CAMPOS, Arturo, *El derecho como sistema de actos de habla, elementos para una teoría comunicativa del derecho*, México, Porrúa, 2010.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991.
- -- --, *Thomas Hobbes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2a. ed., 1994.
- BÜLMANN, Marc, et al., *The democracy barometer: A new instrument to measure the quality of democracy and its potential for comparative research*, Suiza, European Political Science, 2011.

- CARBONELL, Miguel, *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*, México, Porrúa, UNAM y Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2007.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Transición política y reforma constitucional en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- CARDINAUX, Nancy, CLÉRICO, Laura y D'AURIA, Aníbal (coords.), *Las razones de la producción del derecho, Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Argentina, Universidad de Buenos Aires, 2006.
- CARPIZO, Enrique, *Del estado legal al constitucional de derecho*, México, Porrúa, 2015.
- CARPIZO, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.
- CASTELLANOS GOÛT, Milton Emilio, *Del estado de derecho al estado de justicia*, México, Porrúa, 2009.
- CIENFUEGOS SALGADO, David (compilador), *Marbury contra Madison, una decisión histórica para la justicia constitucional*, México, Editora Laguna, El Colegio de Guerrero, 2005.
- CORRIENTE CÓRDOVA, José Antonio, *Valoración jurídica de los preámbulos de los tratados internacionales*, España, EUNSA, 1973.
- CRESPO, José Antonio, *Para entender el estado*, México, Nostra, 2006.
- DA SILVA, José Alfonso, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, trad. de Nuria González Martín, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, trad. de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, España, Marcial Pons, 2007.
- -- --, *Los derechos en serio*, trad. de Martha I. Gustavino, España, Editorial Planeta, 1993.
- FABRA, Pere, *Habermas: lenguaje, razón y verdad*, España, Marcial Pons, 2008.

- FABRA ZAMORA, José Luis y Rodríguez Blanco, Verónica (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
- FERRAJOLI, Luigi et al., *Derecho y democracia constitucional, una discusión sobre principia iuris de Luigi Ferrajoli*, Perú, Ara Editores, 2011.
- -- --, *La democracia a través de los derechos, el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Italia, Trotta, 2014.
- -- --, *Principia iuris*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón y Marina Gascón, España, Trotta, 2007.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitucionalismo, experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Italia, Trotta, 2014.
- FOUCAULT, Michael, *La verdad y las formas jurídicas*, México, Gedisa, 2001.
- GALIANA SAURA, Ángeles, *La legislación en el estado de derecho*, España, Dykinson, 2003.
- GÁMIZ PÁRRAL, Máximo N. y Rivera Rodríguez, José Enrique (coords.), *Las aportaciones de las entidades federativas a la reforma del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, España, Editorial civitas, 1995.
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *Constitucionalismo deliberativo, Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, t. II.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez, sobre el derecho y el estado democrática de derecho en términos de teoría del discurso*, 4a. ed., trad. de Manuel Jiménez Redondo, España, Trotta, 2005.

- HART, Herbert Lionel Adolphus, *El concepto de derecho*, 3ª. ed., trad. de Genaro R. Carrió, Argentina, Abeledo-Perrot, 1963.
- HERNÁNDEZ CRUZ, Armando, *Eficacia constitucional y derechos humanos*, México, Comisión nacional de derechos Humanos, 2015.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán, La materia, forma y poder, de una república eclesiástica y civil*, Colombia, Editorial Skla, 1982.
- JIMÉNEZ, Armando Alfonso, *Acerca del Estado*, breves reflexiones sobre política y derecho, México, Ubijus, 2a. ed., 2006.
- KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, España, Editorial Trotta, 1966.
- -- --, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1979.
- LINARES, Sebastián, *Democracia participativa epistémica*, España, Marcial Pons, 2017.
- MANQUARDT, Bern, *Historia Mundial del Estado*, El estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2014), Colombia, Ecoe ediciones, 2014.
- MASCARENAS, Carlos E. (Director), *Nueva enciclopedia jurídica*, tomo IX, editorial Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1982.
- NIETO, Alejandro, *El desgobierno judicial*, España, Editorial Trotta, 3ª ed., 2005.
- NIEVA FENOLL, Jordi y OTEIZA, Eduardo (dirs.), *La independencia judicial: un constante asedio*, España, Marcial Pons, 2019.
- PAOLI BOLIO, Francisco José, *Teoría del Estado*, México, Trillas, 2009.
- RAWLS, John, *Justicia como equidad*, trad. de M. A. Rodilla, España, Tecnos, 2012.
- -- --, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.
- ROMÁN GONZÁLEZ, Eduardo, *Entre el control de legalidad, de constitucionalidad y la protección de derechos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El pacto social ó principios de derecho político*, trad. de Antonio Redondo Orriols, España, Dirección y administración, 1884.

- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional, una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2006.
- SANTIAGO NINO, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de Roberto P. Saba, España, Gedisa, 1997.
- SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, trad. de Miguel Ángel González Rodríguez, México, Tribunal Federal Electoral, Instituto Federal Electoral, 1993.
- SEGOVIA, Juan Fernando, *Habermas y la democracia deliberativa, una <<utopía>> tardomoderna*, España, Marcial Pons, 2008.
- SUÁREZ ROMERO, Miguel Ángel, *Crisis de la ley y estado constitucional, la argumentación jurídica del legislador*, México, Porrúa, 2015.
- ULISSE CERAMI, Andrea Davide, *El derecho a participar directamente en la toma de decisiones sobre asuntos públicos como mecanismo para la protección ambiental*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2015.
- VALADÉS, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Democracia y gobernabilidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, t. II.
- VON BOGDANDY, et. al. (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización, ¿Hacia un ius constitutionale comune en América Latina?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, t. I.
- WEBER, Max, *La política como profesión*, Edición de Joaquín Abellán, España, Biblioteca Nueva, 2007.
- WOLFGANG, Merkel, et. al., *Democracy Barometer, Methodology*, versión 6. Suiza, Aarau: Zentrum für Demokratie, 2018.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *La ley y su justicia*, trad. de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Italia, Trotta, 2014.

#### Hemerografía

- MAYER SERRA, Carlos Elizondo y MAGALONI, Ana Laura, “La forma es fondo, cómo se nombran y deciden los ministros de la Suprema Corte de Justicia”,

*Boletín mexicano de derecho constitucional*, México, núm. 23, julio-diciembre 2010.

#### Fuentes Electrónicas

#### Libros Electrónicos

FIX-FIERRO HÉCTOR (coord.), *Ocho propuestas para fortalecer al Poder Judicial de la Federación y completar su transformación, una propuesta académica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4785/12.pdf>.

GARCÍA RICCI, Diego, *Estado de derecho y principio de legalidad*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4869/5.pdf>.

#### Hemerografía electrónica consultada

RUEDA, Rivelino, *Constitucionalistas difieren sobre elegibilidad de Medina Mora en SCJN*, *El Financiero*, 23 de febrero de 2015, México, disponible en: <<https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/constitucionalistas-difieren-sobre-elegibilidad-de-medina-mora-en-la-scn>> Fecha de recuperación: 01 de mayo de 2019.

#### Legislación consultada

- Carta Democrática Interamericana
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, México.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador".

#### Documentos oficiales

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia, Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas, Organización de los Estados Americanos, Estado Unidos de América, 2013, p. 36.
- Consejo de derechos humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, Informe del relator especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, A/HRC/11/41*, Naciones Unidas, Estados Unidos de América, 2009.
- Consejo de derechos humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, *Observación general número 32, CCPR/C/GC/32*, Naciones Unidas, Estados Unidos de América, 2007, p. 7.
- Consejo de Europa, *Informe número 10(2007) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) a la atención del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el Consejo de la Justicia al servicio de la sociedad*, Francia, 2007.
- Senado de la República, *Sesión Ordinaria de la H. Cámara de Senadores celebrada el jueves 10 de diciembre de 2015, Diario de los Debates, 10 de diciembre de 2015*.
- Senado de la República, *Sesión Ordinaria de la H. Cámara de Senadores celebrada el martes 12 de marzo de 2019, Diario de los Debates, 12 de marzo de 2019*.
- Senado de la República, *Sesión Pública Extraordinaria Celebrada en la Ciudad de México, el 26 de enero de 1995, Diario de los Debates. LVI*

Legislatura, Sesión número 8, Primer Periodo Extraordinario, 26 de enero de 1995.

- Senado de la República, *Sesión Pública Ordinaria Vespertina de la H. Cámara de Senadores celebrada el jueves 27 de noviembre de 2004*, Diario de los Debates, 27 de noviembre de 2004.