Justicia constitucional

Organización de la justicia constitucional

TOMO III

EL CONSTITUCIONALISMO PARA LA DEMOCRACIA DEL SIGLO XXI

DERECHO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO COMPARADO

DIEGO VALADÉS
JOSÉ MA. SERNA DE LA GARZA
ROGELIO FLORES PANTOJA
J. DANIEL CHÁVEZ SÁENZ

Coordinadores

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNAM

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

EL CONSTITUCIONALISMO PARA LA DEMOCRACIA DEL SIGLO XXI

DERECHO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO COMPARADO

Tomo III

Justicia constitucional

Organización de la justicia constitucional

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie Doctrina Jurídica

Créditos editoriales

Diego Valadés
José Ma. Serna de la Garza
J. Daniel Chávez Sáenz
Rogelio Flores Pantoja
Coordinación editorial

Tania Mariel Farfán García
María del Carmen Jasso Juárez
Cuidado de la edición

Estephanía Martínez Pineda
Formación en computadora

EL CONSTITUCIONALISMO PARA LA DEMOCRACIA DEL SIGLO XXI

DERECHO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO COMPARADO

Tomo III

Justicia constitucional

Organización de la justicia constitucional

Diego Valadés
José Ma. Serna de la Garza
Rogelio Flores Pantoja
J. Daniel Chávez Sáenz
Coordinadores

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO
México, 2026

Primera edición: septiembre 2025

El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI
Derecho Constitucional Iberoamericano Comparado

Tomo III

Justicia constitucional. Organización de la justicia constitucional

DR © Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Circuito Mario de la Cueva s/n
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

ISBN Obra completa: 978-607-642-694-4
ISBN Tomo III: 978-607-642-856-6

DR © Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN Obra completa: 978-607-8908-24-0
ISBN Tomo III: 978-607-8908-30-1

Las opiniones de las y los autores son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de las instituciones editoras.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.





Mauricio Kuri González
Gobernador Constitucional

Eric Gudiño Torres
Secretario de Gobierno

Gustavo Arturo Leal Maya
Secretario de Finanzas

Linda Luz Luna Rangel
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Rector
Leonardo Lomelí Vanegas



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora
Mónica González Contró

Secretario Académico
Mauricio Padrón Innamorato

Jefa del Departamento de Publicaciones
Wendy Vanesa Rocha Cacho

Contenido

Prólogo general para la obra colectiva: El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI Derecho constitucional Iberoamericano comparado 13
José Ma. Serna de la Garza

Organización de la justicia constitucional

La concretización jurídica del principio constitucional contaminador-pagador: de su reconocimiento internacional a su reconocimiento constitucional 17
Renaud Bourget

Audiencias públicas de nombramiento y jueces constitucionales 41
Tania Busch Venthur

Crítica a la democracia constitucional 63
Jaime Cárdenas Gracia

La jurisdicción constitucional y la protección de la democracia 79
Jesús María Casal

¿Cuál es el sistema constitucional de Surinam? Una propuesta para clasificarlo 103
Krystian Complak

La legitimación desordenada del juez: la nueva y frágil construcción de la justicia constitucional mexicana. 119
Luisa Conesa Labastida

A justiça militar da união e as constituições brasileiras 137
Lúcio Mário de Barros Góes

La independencia judicial en México: riesgos y desafíos . . . 151
Marcos del Rosario Rodríguez

¿Justicia constitucional o constituyente? 173
Miguel Alejandro Estela de la Puente

Retos pendientes en los nombramientos judiciales del Reino Unido: la tortuosa relación con el poder ejecutivo y la diversidad 2.0 187
Rosa Ma. Fernández Riviera

¿Del control concentrado al control difuso por vía pretoriana? Un análisis del caso de Paraguay. 215
Diego Moreno Rodríguez

La independencia judicial y la reforma constitucional del poder judicial en México 233
Jesús Orozco Henríquez

Los jueces y los procesos de reforma constitucional. La experiencia colombiana 249
Julio César Ortiz Gutiérrez

Una reforma necesaria y una iniciativa intransitable: la designación de ministras y ministros en la Suprema Corte de Justicia de la Nación 291
Javier Martín Reyes

Un esquema para el estudio de los límites de la "política del tiempo" en la jurisdicción constitucional española 305
Ángel Rodríguez

Restricciones indirectas del derecho a la libertad de expresión. 327
Miguel Ángel Rodríguez Vázquez

Una pésima idea: la eliminación de la carrera judicial como sistema para la designación de jueces 345
Ariel Alberto Rojas Caballero

Las tres dimensiones de la jurisdicción dialógica desde la experiencia de América Latina 373
María Sofía Sagüés

La Corte Constitucional en Ecuador.Estructura y funciones 409
Hernán Salgado Pesantes

La pedagogía constitucional en Emilio Rabasa: propuestas para la organización del poder. 427
Julio E. Sancliment Martínez

El Estado de derecho en condiciones de guerra:desafíos para el poder judicial constitucional de Ucrania 441
Olga Sovgyria

La funcionalidad democrática de los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos. 455
Maximiliano Toricelli

Prólogo general para la obra colectiva: El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI Derecho constitucional Iberoamericano comparado

José Ma. Serna de la Garza

La presente obra reúne los ensayos de distinguidas y distinguidos constitucionalistas de 23 países, quienes fueron convocados para reflexionar sobre el constitucionalismo para la democracia en el siglo XXI. El objetivo general de este trabajo colectivo es presentar cuáles son los temas, debates, polémicas y preocupaciones de quienes se dedican hoy día a examinar las cuestiones constitucionales en el ámbito iberoamericano. Asimismo, la obra busca ser una aportación de la línea de investigación institucional sobre Derecho constitucional iberoamericano comparado, que se desarrolla en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en colaboración con el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

La convocatoria dirigida a las y los expertos nacionales e internacionales que participan en este trabajo colectivo incluyó cuatro temas generales: Derechos fundamentales; Justicia constitucional; Federalismo y descentralización (Responsabilidades compartidas); y Regímenes de gobierno y gobernabilidad democrática.

Para los efectos de su publicación, lo ideal hubiera sido organizarlos en cuatro tomos (es decir, un tomo por cada tema gene-

ral). Sin embargo, debido al gran número de ensayos y a la disparidad en cuanto a la cantidad de trabajos presentados dentro de cada tema general, el comité editorial decidió agruparlos en siete tomos.

El Tomo I reúne los ensayos que dentro del tema general de los Derechos fundamentales se refieren al bienestar de las personas (Alimentación, Ambiente y energía, Conocimiento, desarrollo y empleo, así como a la Salud, seguridad y protección social). Además, este tomo incluye los ensayos referidos a la igualdad y al Acceso a la educación y la autonomía universitaria

Todavía en relación con los derechos fundamentales, el Tomo II incluye los trabajos relativos al Acceso a la justicia, el Estado laico y derechos sobre el cuerpo, así como al Lenguaje claro, libertad de expresión, medios y redes sociales.

Por su parte, el Tomo III contiene los ensayos sobre la Justicia constitucional específicamente referidos a la organización de ésta, en tanto que el Tomo IV incluye los relativos a los medios de control constitucional, y el Tomo V los referidos a la Justiciabilidad de los derechos y la Tipología de las sentencias de los tribunales constitucionales. Asimismo, este tomo también incluye los trabajos referidos al tema general sobre Federalismo y descentralización (Responsabilidades compartidas), el cual incluye temas específicos como el federalismo fiscal, el gobierno municipal y la gobernabilidad metropolitana.

Todavía en relación con el tema general de Federalismo y descentralización, el Tomo VI contiene los trabajos sobre las fórmulas de distribución de competencias, e incluye también los ensayos que, dentro del tema general de regímenes de gobierno y gobernabilidad democrática, se refieren a la democracia digital.

Por último, el Tomo VII contiene los trabajos relativos a las formas de gobierno y gobernabilidad democrática, discutiendo y analizando temas relativos a los sistemas presidenciales, los sistemas parlamentarios y los sistemas híbridos.

Esta obra colectiva fue concebida y ve la luz en momentos particularmente difíciles para el constitucionalismo, no solamente en iberoamérica, sino en el mundo entero. Esto es así, porque

en muchos países han surgido propuestas de gobierno que se alejan de los valores esenciales del constitucionalismo, como lo son los derechos humanos y sus garantias, la separación de poderes y la democracia basada en elecciones libres, auténticas, competitivas y equitativas.

Manifestación de lo anterior es que en muchos ámbitos académicos se habla y se discute sobre conceptos tales como la democracia degradada, el constitucionalismo abusivo, el retroceso democrático, la democracia iliberal, el autoritarismo legalista, entre muchos otros términos y calificativos con los que se busca capturar lo que está sucediendo en no pocos países en la actualidad, en algo que parece conformar una verdadera crisis del Estado constitucional y democrático de Derecho. Asimismo, esta crisis parece ser global, lo cual es indicativo de que pudieramos estar ante un problema estructural de dicho modelo de Estado.

Las personas lectoras de esta amplia y extensa obra colectiva podrán constatar cómo a lo largo de sus páginas se va construyendo una especie de imagen sobre el estado que guarda el constitucionalismo en iberoamérica en la primera mitad de la década de los veinte del siglo XXI. Lejos de haber unanimidad, lo que se podrá apreciar es la existencia de posturas diversas, aproximaciones metodológicas diferentes, visiones distintas sobre cuáles son los problemas y cuáles son las posibles soluciones para enfrentarlos. Por ello es que este trabajo constituye un ejemplo del pluralismo que es esencial en cualquier sociedad que se precie de ser democrática. Pluralismo, diálogo, deliberación, tolerancia a la diferencia, respeto de la "Otredad", son los valores que han inspirado la elaboración de esta obra colectiva, como una aportación al debate global sobre el presente y el futuro del constitucionalismo.

Ciudad Universitaria, 3 de octubre de 2025

La concretización jurídica del principio constitucional contaminador-pagador: de su reconocimiento internacional a su reconocimiento constitucional

***

The legal concretization of the constitutional polluter-pays principle: from its international recognition to its constitutional recognition

*Renaud Bourget**

Resumen: el principio enunciado por el economista Arthur Cecil Pigou sobre la tributación de la energía por razones principalmente económicas, pero también ambientales, tuvo un destino mucho más fructífero a partir de la década de los años 1990. Partiendo de la noción de "externalidad", la teoría pigouviana enseña que cuando un agente es responsable de un efecto externo negativo resultante, el "costo social" soportado por la sociedad es mayor que el "costo privado" soportado por el agente contaminante. Con el fin de eliminar esta falla del mercado, Pigou abogó por la intervención del Estado para que pudiera, a través del tributo ambiental, internalizar las ex-

* Catedrático de Derecho Público. Director del Departamento de Derecho y Ciencias Políticas de la Université Côte d'Azur (UniCA). Presidente de la Sección francesa del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC) y de la Sección Latinoamericana de la *Société de Législation Comparée* (SLC). Investigador del Centro de Estudios e Investigaciones en Derecho Constitucional, Administrativo, Financiero y Tributario (*Centre d'Études et de Recherches en Droit Constitutionnel, Administratif, Financier et Fiscal* - "CERDACFF"), *renaud.bourget@univ-cotedazur.fr*

ternalidades negativas. A partir de los años 1970, gracias a los trabajos de la OCDE, y luego de la Unión europea, el principio contaminador-pagador que resulta de las ideas de Pigou ha sido consagrado expresamente en toda una serie de convenios internacionales, hasta obtener su reconocimiento constitucional en Francia en la Carta del Medioambiente del 2005.

Abstract: the principle enunciated by the economist Arthur Cecil Pigou on the taxation of energy for mainly economic reasons, but also environmental ones, had a much more fruitful destiny starting in the 1990s. Starting from the notion of "externality", the Pigouvian theory teaches that when an agent is responsible for a resulting negative external effect, the "social cost" borne by society is greater than the "private cost" borne by the polluting agent. To eliminate this market failure, Pigou advocated for the intervention of the State so that it could, through the environmental tax, internalize negative externalities. Since the 1970s, thanks to the work of the OECD, and then the European Union, the polluter-pays principle resulting from Pigou's ideas has been expressly enshrined in a series of international conventions, until obtaining its recognition. Constitutional in France in the Environmental Charter of 2005.

Palabras clave: Ecotasa, tributación medioambiental, derecho constitucional del medioambiente, Pigou, Carta francesa del Medioambiente, principio contaminador-pagador.

Keywords: Ecotax, environmental taxation, constitutional law of the environment, Pigou, French Environmental Charter, polluter-pays principle.

Sumario: I. Introducción II. La teoría pigouviana de las externalidades como fundamento ambiental para la tributación de la energía. III. El reconocimiento de las tasas pigouvianas mediante la consagración jurídicas del principio contaminador-pagador: del derecho internacional al derecho constitucional. Referencias.

I. Introducción

Al final de su primer mandato presidencial, Jacques Chirac anunció, en su discurso de Orléans del 3 de mayo de 2001, el proyecto de una Carta del Medioambiente. Luego este proyecto constituyo una de sus promesas electorales en la campaña presidencial durante el año 2002. Tras la reelección del Presidente Chirac, Yves Coppens,[1] destacado paleontólogo y paleoantropólogo francés, fue designado para presidir una comisión especial, desde entonces conocida como "Comisión Coppens", cuyos trabajos durante tres años sirvieron de base para la redacción de la Carta del Medio Ambiente. Este texto, elaborado por la Secretaría General del Gobierno y la Presidencia de la República, se presentó a la Asamblea Nacional y al Senado en 2004 y se integró en 2005, mediante la Ley Constitucional de 1 de marzo en el bloque de constitucionalidad francés, reconociendo los derechos y deberes fundamentales relativos a la protección del medio ambiente.

Conviene precisar que el "bloque de constitucionalidad" reenvía a una noción diseñada primero por la doctrina jurídica antes de ser consagrada por la jurisprudencia constitucional. En efecto, esta idea aparece en 1970 en la *Revista de Derecho Público* en un artículo del profesor Claude Emeri[2] antes de ser sistematizada y teorizada en 1975 por el profesor Louis Favoreu en los

[1] Yves Coppens (Vannes, 9 de agosto de 1934-22 de junio de 2022) es, entre otros logros, conocido por haber descubierto en el 1965 el cráneo de un homínido en Yaho en Chad, de una edad estimada en un millón de años, que designó entonces como *Tchadanthropus uxoris* y posteriormente considerado como un espécimen de *Homo erectus*. En 1974 fue uno de los descubridores de Lucy, la famosa *Australopithecus afarensis* encontrada en África en la década de los setenta. En 1969, había sido ya nombrado profesor del Museo Nacional de Historia Natural, y después subdirector del Museo del Hombre. Fue nombrado profesor del Museo de Historia Natural y elegido para su cátedra de antropología en 1980. Formó parte del consejo científico de la École Pratique des Hautes Études. En 1983 fue elegido catedrático de Paleontología y Prehistoria del Collège de France, cátedra que ocupó hasta 2005, cuando pasó a ser profesor honorario.

[2] Emeri, Calude, "Chronique constitutionnelle et parlementaire française, vie et droit parlementaires", *Revue du Droit Public*, 1970, p. 678.

escritos en homenaje à Charles Eisenmann.[3] A raíz de su primera formulación doctrinal, el Consejo Constitucional francés consagró esta noción en su sentencia 71-44 del 16 de julio de 1971 sobre la libertad de asociación. Desde entonces, este bloque es integrado por la Constitución de la V° República tal y como ha sido modificada en varias ocasiones desde su entrada en vigor el 4 de octubre de 1958 y los textos a los que remite su preámbulo, a saber : la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el preámbulo de la Constitución de 1946, los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República que el preámbulo de la Constitución de 1946 nombra, pero sin determinar su contenido —dejando así esta actividad interpretativa al Consejo Constitucional—, y, para terminar, la Carta del medioambiente del 2004 desde su entrada en vigor el 1 de marzo del 2005.[4]

Así las cosas, varios principios jurídicos relacionados con la protección del medioambiente no solo han regresado en el discurso político, sino también en el derecho positivo francés. Desde el 2005, este texto de alcance constitucional reconoce los derechos y los deberes fundamentales relacionados con la protección del medioambiente. Introduce, entre otros, tres grandes principios tales como el principio de prevención,[5] el principio de precaución,[6] y el principio "contaminador-pagador" en estos

[3] Favoreu, Louis, "Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel", *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Éditions Cujas, 1975, p. 33-48.

[4] Bourget, Renaud, "La evolución de la naturaleza del Consejo Constitucional francés en función de los tipos de control de constitucionalidad de las leyes", en Pablo Manili (dir.), *Estudios en Homenaje al Dr. Jorge Reinaldo VANOSSI*, Buenos Aires, IJJ-UNAM-Astrea, 2020, p. 419.

[5] Artículo 3: Toda persona debe, en las condiciones definidas por la ley, prevenir los atentados que su actividad pueda causar al medio ambiente o en su defecto, limitar sus consecuencias.

[6] Artículo 5: Cuando la realización de un daño, aunque incierto según los conocimientos científicos, pueda afectar de manera grave e irreversible al medio ambiente, las autoridades públicas velarán, en aplicación del principio de precaución y en el marco de sus competencias atribuidas, por la puesta en marcha de los procedimientos de evaluación de los riesgos así como la adopción de medidas provisionales y proporcionadas a fin de prevenir la realización del daño.

términos: "Toda persona debe contribuir a la reparación de los daños que ocasione al medio ambiente, en las condiciones definidas por la ley" (artículo 4).

De alguna manera, en materia de tributación medioambiental o, para ser más preciso de tributación sobre la energía "fuente de contaminación" Francia ya había conocido en los años 1950 un proyecto pionero. Este fue concebido por el quimista y hombre de negocios Eugène Schueller[7] en la década de los 50. En el contexto de la evolución de los modos de producción en los que "la máquina impulsada por la energía aplasta al hombre",[8] el programa fiscal de Schueller pretendía restablecer el equilibrio entre el hombre y la máquina gravando a esta última y desgravando las ganancias del trabajo obtenidas por el primero.[9] Sin embargo, Schueller, que era ingeniero químico de formación, tuvo que soportar las duras críticas de la literatura financiera cuando su

---

7 Eugène Schueller (20 de marzo de 1881 - 23 de agosto de 1957) fue un ingeniero químico francés. Graduado en 1904 en el Instituto de Química Aplicada de París [*Institut de Chimie Appliquée de Paris*, que desde entonces se ha convertido en la Escuela Nacional Superior de Química de París (*École Nationale Supérieure de Chimie de Paris*)], fue preparador asistente del profesor Victor Augier (que en ese momento era jefe de trabajo del laboratorio de enseñanza práctica de la química en la Facultad de Ciencias de París), y luego preparador jefe de la Farmacia Central de Francia. Después de desarrollar los primeros tintes sintéticos para el cabello en 1907, en 1909 fundó la Sociedad Francesa de Tintes para el Cabello Inofensivos (*Société Française de Teintures Inoffensives Pour Cheveux*), que se convertiría en L'Oréal. Véase *La vida de Eugène Schueller, fundador de L'Oréal*, en *L'entreprise,* núm. 559, 26 de mayo de 1966, pp. 47-55.

8 Brissat, Camille y Schueller, Eugène, *Taxer l'énergie des machines ou celle des hommes (l'impôt sur l'énergie),* Études d'hommes et métiers*, ibidem*, p. 3.

9 Observando que la propuesta de IVA defendida por Maurice LAURÉ fue adoptada por el legislador en detrimento del impuesto propuesto sobre el consumo de energía, los autores del folleto antes mencionado *(Taxer l'énergie des machines ou celle des hommes*, *ibidem,* p. 3) subrayan que "sus efectos no han hecho más que acelerar la distorsión entre el trabajo del hombre y el de las máquinas, otorgando también a las empresas la deducibilidad del IVA sobre las inversiones. Esto condujo a la explosión de la industrialización, la concentración de empresas y el desarrollo del comercio a gran escala. Como consecuencia, condujo a la desaparición de la artesanía, a la disminución del trabajo manual, al desempleo [...]."

proyecto tomó la forma, para usar las palabras de Cluseau,[10] de "propaganda" que anunciaba con la ayuda de "pancartas publicitarias" la abolición total de los impuestos declarativos.[11] En este contexto, los argumentos invocados en apoyo del proyecto de impuesto sobre la energía tenían poco peso en comparación con los esgrimidos por el inspector general de Hacienda Maurice Lauré, quien luego logró que su invención del impuesto sobre el valor añadido (IVA) por el volumen de negocios de las empresas[12] se consagrara en la ley de 10 de abril de 1954.

Cabe precisar que el proyecto de tributación sobre la energía de Schueller no solo fue pionero, sino que además sigue muy actual. En efecto, desde inicios del siglo xxi, las maquinas "con el desarrollo de las nuevas tecnologías electrónicas y la inteligencia artificial" reemplazan al ser humano en aquellos empleos en donde se suponía que no iba a pasar. Durante muchos años, los dirigentes occidentales han admitido la desindustrialización de su sistema económico sometido a los acuerdos de libre cambio argumentando que mientras tanto se iba generando empleos en el sector terciario y de los servicios hacia las personas. Sin embargo, se asiste también a la supresión del empleo en este sector debido al reemplazo de la fuerza de trabajo humano "sometida a tributación y cotizaciones sociales" por unos autómatas electrónicos de los más competitivos en lugares, que deshumaniza, como estaciones de ferrocarriles y de transportes públicos, aeropuertos, atención al usuario en sede de servicios públicos, supermercados y restaurantes, bancos, compañías de seguros, etc. Este fenómeno no es nada nuevo. De hecho, en la época de Schueller ya venía estudiado por teóricos de la filosofía de la ciencia y de las ideas políticos como Georges Bernanos,[13] Günther Anders,[14]

10 Max Cluseau, catedrático de la Universidad de Toulouse, era en ese momento redactor jefe de la *Revue de Science et Législation Financières*.

11 Cluseau, Max, "Défense de l'impôt sur l'énergie par E. Schueller", *Revue de Science et Législation financières*, núm. 2, abril-junio de 1954, pp. 261 y 262.

12 Lauré, Maurice, *La taxe sur la valeur ajoutée*, Sirey, 1952.

13 Bernanos, Georges, *La France contre les robots*, trad. de Francisco Javier, Martínez Fernández, *Francia contra los robots*, Granada, Editorial Nuevo Inicio, 2018.

14 Anders, Günther, *Die Antiquiertheit des Menschen: Über die Seele im Zeitalter der zweiten industriellen Revolution*, vol. I, C.H. Beck Verlag, Munich,

o el gran historiador del derecho Jacques Ellul[15] y el filósofo Bernard Charbonneau, ambos siendo considerados fundadores del ecologismo como pensamiento político.[16]

Desde entonces, la propuesta de Eugène Schueller "a pesar de su concretización en una proposición de ley del 8 de octubre de 1959 rechazada por el Parlamento" había caído en el olvido hasta que resurgió, sobre todo a partir de la década de los años 1990 a instancias de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), por razones medioambientales en forma de ecotasa o impuesto "pigouviano", esta vez con una base doctrinal y científica claramente establecida, aunque su inventor, el economista inglés Arthur Cecil Pigou, no lo había pensado como tal.

Además, en la década de los años 50, la persistencia difusa del dogma de neutralidad tuvo como consecuencia que la escuela clásica o liberal de las finanzas públicas, con su consiguiente principio de neutralidad de las políticas públicas y financieras, defendiera decididamente la introducción del IVA tal como lo imaginaba, ya lo dijimos antes, su talentoso inventor, el inspector general de Hacienda Maurice Lauré —es decir, como un impuesto verdaderamente neutro a nivel nacional e internacional—[17] al tiempo que condenaba sin reparos el proyecto de un impuesto

---

1956; trad. esp. de Josep Monter Pérez, *La obsolescencia del hombre: sobre el alma en la época de la segunda revolución industrial*, Valencia, Editorial Pre-Textos, 2011.

15 Ellul, Jacques, "L'homme dépassé par la machine: Trois exemples de l'écrasement de l'homme par la machine", *Réforme*, núm. 401, 22 noviembre 1952, p. 4; *Le bluff technologique*, Hachette, Paris 1988.

16 Ellul, Jacques y Charbonneau, Bernard, "Directives pour un manifeste personnaliste: Textes pionniers de l'écologie politique", reed. *in Nous sommes révolutionnaires malgré nous (recueil de quatre textes datant des années 1930)*, Paris, Le Seuil, 2014; trad. esp. de Adrián Almazán, *Somos revolucionarios a nuestro pesar: textos pioneros de ecología política*, Alicante, Ediciones el Salmón, 2020.

17 *Ibidem*, p. 21. Como señala P. Beltrame, *La fiscalité en France*, París, Hachette, 2012, p. 69, "el IVA, al igual que un impuesto acumulativo, grava cada transacción que afecta al producto o servicio, lo que garantiza un buen rendimiento. Pero, gracias al sistema de pago fraccionado, equivale a un impuesto único aplicado al precio final del producto o servicio, lo que les da su neutralidad frente a los circuitos económicos".

sobre la energía que aún tenía que esperar para desarrollarse y luego prosperar bajo la forma seductora de la ecotasa, la influencia del "*Welfare State*" (*Estado de Bienestar*) teorizado por la corriente intervencionista de la ciencia económica y financiera encabezada por Keynes.

De hecho, durante la era de las finanzas públicas clásicas, que continuó al menos hasta el período de entreguerras (1919 a 1939), el liberalismo, que era la doctrina económica dominante, compartía el credo de los fisiócratas del siglo XVIII según el cual "dejen hacer y dejen pasar, el mundo va solo". Para estos últimos, "las leyes económicas 'naturales', como la de la oferta y la demanda o la libertad de competencia, deben conducir a un equilibrio natural sin intervención externa".[18] El Estado, que no debe desvirtuar este equilibrio, debe limitar su acción al mantenimiento de las condiciones y garantías de la libre competencia. La aplicación de la teoría liberal a las finanzas públicas implica que el presupuesto del Estado, que se limita a financiar las funciones soberanas del "Estado gendarme", deba ser neutral tanto en términos de recursos como en términos de gasto público. Y la neutralidad de los recursos implica que la tributación sea neutral en el sentido de que no debe alterar los factores económicos de los agentes de producción.[19]

El período de entreguerras, con sus grandes convulsiones y crisis fue, sin embargo, el escenario de un cambio ideológico en las doctrinas políticas y económicas.[20] Esta evolución se debe al hecho de que "la presión de los hechos ha puesto fin a la neutralidad de las finanzas públicas: el equilibrio natural teorizado por la corriente liberal no ha resistido a los acontecimientos (la Primera Guerra Mundial, la crisis financiera de 1929)".[21] Asistimos entonces a la transición de las finanzas públicas "clásicas" a las "modernas". La intervención del Estado en la vida económica

18 Dussard, Vincent, *Finances publiques*, 2a. ed., Bruselas, Larcier, 2012, p. 7.

19 Vedel, Georges, *Cours d'institutions financières*, Les cours du droit, París, 1961-1962, p. 28.

20 Como señala Vedel (*ibidem*, p. 36) "no son solo las estructuras [del Estado liberal] las que han desaparecido, sino la propia ideología liberal".

21 Dussard, Vincent, *op. cit.*, p. 22.

y social ha aumentado considerablemente. En algunos casos, ha intervenido *ex officio*, a través de leyes o reglamentos. En otros casos, ha intervenido por medios presupuestarios, en particular a través de la fiscalidad, dirigiendo el comportamiento de los operadores económicos. Desde aquel momento, la fiscalidad se ha utilizado para incitar a los agentes económicos a desplazarse hacia determinados sectores, o a adoptar determinados comportamientos que se consideran acordes con los objetivos de los poderes públicos y el interés general. Sin embargo, debido a la magnitud de los daños y amenazas al medio ambiente, los Estados intervencionistas, que se habían liberado del dogma de la neutralidad, comenzaron a desarrollar políticas ambientales en las que los instrumentos normativos se complementaban con el uso de instrumentos económicos entre los que la fiscalidad ocupaba un lugar específico. Y así había llegado la era de los impuestos ambientales. Ella permitiría aplicar al sistema tributario el principio de "quien contamina paga", basado en la teoría pigouviana.

Razonando sobre la base de la noción de "externalidad" o "efecto externo", Pigou consideraba que las externalidades surgen cuando la actividad económica de producción o consumo de un agente tiene una influencia positiva o negativa sobre otro agente sin que ello dé lugar a una compensación pecuniaria. Cuando un agente es responsable de un efecto externo negativo derivado, por ejemplo, de la contaminación causada por emisiones vinculadas a su consumo de energía, en detrimento de la comunidad, el "costo social" soportado por esta última es mayor que el "costo privado" soportado por el agente contaminante. Por lo tanto, la diferencia entre el "costo social" y el "costo privado" de la actividad económica es igual a los inconvenientes que sufren las víctimas de las emisiones contaminantes. La misma corresponde al "costo externo", es decir, el costo de la externalidad negativa (1). Con el fin de eliminar esta falla del mercado, Pigou recomendaba la intervención del Estado para que pudiera, a través del instrumento fiscal de la ecotasa, *internalizar* las *externalidades negativas* a costa de las actividades, o sea para que el contaminador pague por los daños generados por su actividad económica sobre el medioambiente. Por lo tanto, el principio contaminador-pagador se iba a concretizar jurídicamente mediante textos tanto internacionales como nacionales hasta tener su máximo reconocimiento

"constitucional esta vez" en la Carta del medioambiente a partir del 2005 (2).

II. La teoría pigouviana de las externalidades como fundamento ambiental para la tributación de la energía

Poco se sabe de la vida del hombre que teorizó discretamente el principio de la ecotasa. Tanto es así que él mismo bromeó al respecto diciendo que "la mayor parte de [su] existencia ha sido la de un cangrejo fijado como un ermitaño en una concha y emitiendo chorros de tinta de vez en cuando".[22] Sin embargo, Arthur-Cecil Pigou (18 de noviembre de 1877 - 7 de marzo de 1959) fue uno de los pioneros de la "*Economía del Bienestar*" ("*Welfare Economics*"), que examina la distribución óptima de la renta para promover el crecimiento económico. Fue educado en Harrow y luego en el King's College de Cambridge, donde se dice que fue el alumno favorito de Alfred Marshall.[23] Después de graduarse en el

[22] Pigou, Arthur Cecil, *Essays in Economics*, Nueva York, AMS Press, 1952, p. 29.

[23] Alfred Marshall (26 de julio de 1842 - 13 de julio de 1924) ocupó la cátedra de Economía Política en Cambridge desde 1885 hasta 1908. Perteneciente a la escuela neoclásica de economía, sus alumnos fueron Arthur Cecil Pigou y John Maynard Keynes, quien se convirtió en su principal crítico en temas del intervencionismo estatal. De hecho, mientras que este último abogaba por una intervención estatal masiva para reactivar la actividad económica en tiempos de crisis, Marshall creía que esto era beneficioso solo para fomentar la producción rentable, pero que era contraproducente para actividades en declive que no debían ser apoyadas innecesariamente. Además de sus obras *Industria y Comercio* (*Industry and Trade*, 1919) y *Dinero, Crédito y Comercio* (*Money, Credit and Commerce*, 1924), cabe mencionar sus *Principios de Economía Política* (*Principles of Economics*, 1890), que influyeron en varias generaciones de economistas, particularmente en el Reino Unido, y en las que había agrupado dentro de una teoría unificada los conceptos de oferta y demanda, precio, costo de producción y utilidad marginal. Dedicándose al estudio de las teorías del valor, logró así reconciliarse con las teorías aparentemente opuestas de los economistas británicos clásicos, como Smith y Ricardo, que proponían el "valor-trabajo" y las teorías más innovadoras de Walras y de la escuela marginalista, que proponían el "valor-utilidad". Sintetizando estas doctrinas, que consideraba complementarias, creía que el precio de un bien depende del costo

King's College, se convirtió en miembro ("*fellow*") y también fue *profesor de Economía* (*Lecturer in Economics*) en la Universidad de Cambridge. Sucedió a Marshall como catedrático de economía política en 1908 y enseñó allí hasta 1943, cuando fue nombrado *profesor emérito*.[24]

Su principal trabajo fue sobre la "economía del bienestar", que enriqueció sustancialmente con sus obras *Riqueza y Bienestar* (*Wealth and* Welfare,1912), *La Economía del Bienestar (The Economics of* Welfare,1920) y *La Teoría del Desempleo (The Theory of Unemployment*, 1933). En términos concretos, esta disciplina examina las condiciones bajo las cuales es posible garantizar la máxima satisfacción de los individuos. Retomando el análisis ortodoxo de los salarios "que provocaría la crítica de Keynes" creía que solo la flexibilidad de estos últimos podía hacer desaparecer el desempleo. Después de Marshall, también se interesó por la teoría del valor. Al examinar ciertas situaciones no óptimas, es decir, situaciones en las que es posible mejorar el bienestar de un individuo sin deteriorar el de otro, Pigou pudo resaltar el papel decisivo de las externalidades, convirtiéndose así en uno de los precursores de la economía ambiental.

Como lo resume X. Greffe, "la externalidad caracteriza el fenómeno y su resultado por el cual un agente ve variar su utilidad bajo el efecto de la acción económica (o abstención) de otro agente, acción (o abstención) que no es tenida en cuenta por los mecanismos del mercado".[25] Entendida de esta manera, la noción de

---

de los factores de producción y del valor que el consumidor le otorga. Y para conciliar estos dos puntos de vista, introdujo la noción de tiempo en el análisis de los mecanismos económicos: a corto plazo, es la utilidad (es decir, la satisfacción proporcionada por el bien al consumidor) el factor determinante para fijar el precio de un bien (porque los consumidores están dispuestos a pagar más por un bien que les aporta una mayor utilidad); a largo plazo, son los costos de producción los que se vuelven decisivos. *Cfr.* "Grandes nombres y corrientes de la economía (Grands noms et courants de l'économie)", *Le portail de l'Economie et des Finances*, *www.economie.gouv.fr/facileco*

24 Bousquet, Georges-Henri, *L'auteur et son œuvre*, en *A.-C. Pigou*, París, Dalloz, 1958, p. 9.

25 Greffe, Xavier, *L'approche contemporaine de la valeur en finances publiques,* París, Economica, 1972, p. 106.

externalidad se identifica a partir de dos elementos, uno relativo a la variación de la utilidad, y otro que la sitúa fuera del mercado. Para Pigou, la esencia del fenómeno proviene del hecho de que "una persona A, al mismo tiempo que presta a otra persona B un servicio específico por el que recibe una remuneración, obtiene ventajas o desventajas de tal naturaleza que no se puede imponer un pago a quienes se benefician de él ni tomar una compensación en beneficio de quienes lo sufren".[26] Siguiendo a Pigou, los economistas se refieren a que la actividad económica de producción o consumo de un agente afecta al bienestar de otro sin que ninguno de ellos reciba o pague compensación por ello.[27] Por lo tanto, una externalidad tiene los dos rasgos característicos siguientes: "Por un lado, se refiere a un efecto secundario, un efecto secundario externo derivado de una actividad principal de producción o consumo. En cambio, la interacción entre el emisor y el receptor de este efecto no va acompañada de ninguna consideración de mercado".[28] Esta última circunstancia, a saber, la ausencia de compensación pecuniaria hace que la externalidad sea un fenómeno que se produce fuera del mercado. El efecto es "externo" en lo que es externo al intercambio de mercancías o servicios.

El efecto del fenómeno que acabamos de describir es perfectamente simétrico. Por lo tanto, puede ser positivo o negativo dependiendo de si su impacto en el bienestar es favorable o desfavorable. La contaminación es un ejemplo típico de externalidad negativa porque cuando una fábrica vierte sus residuos en el medio ambiente, inflige, sin compensación financiera, una molestia a los residentes locales, trabajadores y otros caminantes. Del mismo modo, la congestión y la contaminación atmosférica generadas por el tráfico de automóviles ilustran un fenómeno de externalidad negativa recíproca, ya que cada automovilista es a la vez una molestia y un molestado, un contaminador y un contaminado.

---

26 Faucheux, Sylvie, "*Économie de l'environnement*", *Encyclopaedia Universalis,* p. 3, *http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/economie-de-l-environnement/*

27 Henriet, Dominique, "*Externalité*", *Encyclopaedia Universalis,* p. 1, *http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/externalité-economie*

28 *Ibidem*.

Además, algunas externalidades pueden ser positivas. Así, el vecino que domine el arte floral sabrá mantener un hermoso jardín para el beneficio visual de vecinos y paseantes. La externalidad positiva también puede ser recíproca. El ejemplo más famoso es el que da el economista inglés James Meade[29] sobre la base de la relación entre apicultura y arboricultura. El apicultor se beneficia gratuitamente de la proximidad a su vecino, que es arboricultor, y así, gracias a su cercanía con árboles frutales, podrá vender miel de mejor calidad, más sabroso, y a un precio más alto. Este último no recibirá ninguna compensación económica por parte del primero por el servicio que se le haya prestado de esta manera. A su vez, el arboricultor se beneficia gratuitamente de su proximidad al apicultor. La polinización de sus árboles frutales por parte de las abejas no solo mejora el rendimiento, sino que su aleatoriedad enriquece la diversidad genética de las plantaciones, permitiéndoles ser más resistentes a las enfermedades. Pero el apicultor no recibirá ninguna compensación económica por parte del arboricultor por el servicio — polinización por sus abejas— que le haya prestado.[30]

La esencia de la teoría de Pigou es que la externalidad se analiza en términos de la divergencia entre el "costo privado" y el "costo social". Para resaltar esta divergencia, Pigou distinguió

[29] James Edward Meade, nacido el 23 de junio de 1907 en Swanage Dorest – fallecido el 22 de diciembre de 1995 en Cambrige fue profesor en la *London School of Economics* (1947-57) y luego en la Universidad de Cambridge (1957-67). Junto con Bertil Ohlin, fue galardonado con el Premio del Banco de Suecia en Ciencias Económicas en 1977 en memoria de Alfred Nobel, más conocido como el Premio Nobel de Economía por su contribución a la teoría del comercio internacional y los movimientos internacionales de capital. Sus principales obras son: *La teoría de la política económica internacional (The Theory of International Economic Policy)* en 2 volúmenes: *La balanza de pagos (The Balance of Payments, 1951)* y *Comercio y bienestar (Trade and Welfare, 1955)*; y *Principios de economía política* (*Principles of Political Economy*) en 3 volúmenes*: La economía estacionaria (The Stationary Economy*, 1965); La *economía creciente (The Growing Economy, 1968)* y *La economía controlada (The Controlled Economy*, 1971).

[30] Meade, James Edward, "*External Economics and Diseconomies in a Competitive Situation*", en *The Economics Journal,* vol. 62, núm. 245, pp. 54-67. Cabe destacar que hablamos de "economía externa" si el efecto es positivo y de "deseconomía externa" si el efecto es negativo.

entre dos tipos de productos marginales netos, a los que llamó "producto marginal social neto" y "producto marginal privado neto" respectivamente.[31] Por un lado,

> [...] el producto marginal social neto es el producto neto total de las cosas físicas y los servicios objetivos debido al aumento marginal de los recursos en un lugar dado, o un empleo, sin ningún intento de saber de qué recursos puede derivarse cualquier parte de ese producto. Podría suceder [...] que los costos se repercutieran a personas no directamente involucradas [en la producción económica], por ejemplo, debido a los daños causados por los incendios de los bosques o campos agrícolas debido a las chispas de la locomotora sin indemnización. Todos estos efectos deben ser contabilizados "algunos como positivos, otros como negativos" en el producto social neto del aumento marginal en el volumen de recursos utilizados en un lugar o empleo.[32]

Por otro lado, "el producto marginal privado neto es aquella parte del producto neto total de las cosas físicas y los servicios objetivos debido al aumento marginal de los recursos, en un lugar o empleo determinado, que se acumula en primer lugar 'es decir, antes de la venta' para la persona que invirtió sus recursos allí".[33]

En el caso de daños ambientales causados por el consumo de energía utilizada en una actividad económica, el producto

---

31 Pigou, Arthur Cecil, "*Definition of marginal social and private net products*", *L'Économie de Bien-être*, *op. cit*., p. 132, y *Divergences between a marginal social and marginal private net product*, *op. cit*., p. 153.

32 Pigou, Arthur Cecil, *The Economics of Welfare*, 4a. ed., Londres, Macmillan,1932, p. 134: "The marginal social net product is the total net product of physical things or objective services due to the marginal increment of resources in any given use or place, no matter to whom any part of this product accrue. It might happen [...] that costs are thrown upon people not directly concerned, through, say, uncompensated damage done to surrounding woods by sparks from railway engines. All such effects must be included – some of them will be positive, others negative elements – in reckoning up the social net product of the marginal increment of any volume of resources turned into any use or place."

33 *Ibidem*, "The marginal private net product is that part of the total net product of physical things or objective services due to the marginal increment of resources in any given use or place which accrues in the first instance - i.e. prior to sale – to the person responsible for investing resource there."

privado neto será menor que el producto social neto. De hecho, todos los costos impuestos por una actividad económica a la comunidad constituyen el "costo social". Sin embargo, si una parte del "costo social" se compensa con los pagos efectuados por el agente en el origen de dicha actividad, ya que dichos costos le son imputables en la contabilidad y forman parte del mercado de intercambio, existen otros costos que el agente impone al resto de la comunidad sin que ningún pago lo compense en lo más mínimo. Esto en virtud de que estos "costos externos" son externos al mercado de cambio.[34] Por lo tanto, para Pigou, la externalidad radica "en el hecho de que, en algunas ramas, una parte del producto de una unidad de recurso consiste en algo que, en lugar de atribuirse inmediatamente a la persona que invierte esta unidad, se atribuye por el contrario en primer lugar (es decir, antes de la venta, si la venta sucede), como un artículo positivo o negativo, a otras personas".[35]

El fracaso del mercado en términos de externalidades negativas es que la industria contaminante no soporta el impacto del daño que causa. De este modo, a falta de una tributación de la energía consumida en forma de ecotasa, el contaminador no tiene ningún incentivo para incluir en su cálculo económico los efectos negativos de su actividad sobre el medio ambiente. Los economistas observan entonces la existencia de un problema: los costos asociados a la externalidad negativa "así como los beneficios asociados a una externalidad positiva" "no entran en la decisión privada del emisor".[36] En el caso de una externalidad negativa, esta omisión conduce a la sobreproducción. La razón de esto es que cuando una unidad de producción consume energía fósil que es dañina para el medio ambiente, el costo privado que soporta será menor que el costo social que genera, ya que no incluye el costo de la contaminación en su cálculo económi-

[34] Faucheux, Sylvie, *op. cit*., pp. 3 y 4.

[35] Pigou, Arthur Cecil, *The Economics of Welfare, cit., p. 174:* "is the fact that, in some occupations, a part of the product of a unit of resources consists of something, which, instead of coming in the first instance to the person who invests the unit, comes instead, in the first instance (i.e. prior to sale, if the sale takes place), as a positive or negative item, to other people."

[36] Henriet, Dominique, *op. cit*., p. 2.

co. Teniendo en cuenta únicamente el costo privado, el emisor producirá así más que si hubiera tenido que integrar en su decisión el costo social, incluidos los efectos medioambientales de su actividad. Y en el caso de una externalidad positiva, la omisión conduce a una sub-producción, ya que, por ejemplo, el apicultor o arboricultor no tiene ningún incentivo, debido a la falta de compensación económica, para producir más en beneficio de su vecino y, por consiguiente, del medio ambiente. El denominador común de las externalidades negativas y positivas es, por tanto, que no son tenidas en cuenta por el mercado, dando lugar así a situaciones "subóptimas" en las que cada agente persigue su propio interés en detrimento del "bienestar" o "*welfare*" de la comunidad. Por lo tanto, y según Pigou, solo la intervención del Estado permitiría, mediante la introducción de ecotasas sobre la energía correspondientes a la cantidad de externalidades negativas, reducir los efectos negativos vinculados al consumo de energía sobre el medio ambiente.

III. El reconocimiento de las tasas pigouvianas mediante la consagración jurídicas del principio contaminador-pagador: del derecho internacional al derecho constitucional

Para eliminar la falla del mercado, que, como acabamos de ver, ignora las externalidades, Pigou recomendó la intervención del Estado para que pudiera, a través del instrumento fiscal, *internalizar* las *externalidades negativas* generada a costa de las actividades económicas. En otras palabras, al imponer un impuesto al contaminador por el supuesto monto de la externalidad negativa, el Estado eliminaría la brecha, ignorada por los precios de mercado, entre los costos privados y sociales. Y al gravar a los contaminadores, y en particular a su consumo energético, los productores tendrán un incentivo financiero para reducir sus emisiones contaminantes, ya que tendrán que "arbitrar entre reducir la contaminación que causan o mantenerla y pagar el impuesto".[37]

[37] Conseil Des Impôts, *Fiscalité et environnement*, *23ème Rapport au Président de la République*, París, Les Editions des JO, 2005, p. 7.

La noción de "señal de precio" es fundamental en este caso: al enviar una "señal de precio" a productores y consumidores, los impuestos ecológicos pueden orientar su comportamiento hacia acciones más virtuosas desde el punto de vista medioambiental. La efectividad de la ecotasa energética se debe, por tanto, a la "señal de precio" que envía, ya que su objetivo es incentivar a los agentes contaminantes a optar por una producción y consumo con menores externalidades negativas.

Entendida de esta manera, la ecotasa sobre la energía traduce en el sistema tributario el llamado principio de "quien contamina paga", que tiene su origen doctrinal en la investigación que Pigou emprendió sobre las externalidades. Sin embargo, en el momento de su formulación teórica en la década de los años 1920, las finanzas públicas todavía estaban dominadas por el dogma de la neutralidad de la escuela liberal. Es por eso por lo que la idea tardaría casi cincuenta años en resurgir en el trabajo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

En concreto, el principio de quien contamina paga se estableció por primera vez en la Recomendación del Consejo de la OCDE de 26 de mayo de 1972 relativa a los Principios Rectores de los Aspectos Económicos de las Políticas Internacionales del Medio Ambiente. La afirmación del principio era bastante modesta en ese momento, ya que la recomendación solo establecía que el contaminador debía asumir los costos de las medidas de prevención y control de la contaminación. En otras palabras, corresponde al contaminador "asumir los costos de las medidas que debe adoptar para garantizar la protección del medio ambiente, repercutiéndolos e incluyéndolos en los costos de producción de los bienes y servicios que causan la contaminación".[38] La regla de internalización del costo ecológico de la contaminación implicaba la prohibición del pago de cualquier ayuda pública (subvenciones y gastos fiscales) al contaminador. Desde un punto de vista dogmático, la regla de "quien contamina paga" condena así el principio mismo de las ayudas públicas a la descontaminación, es decir la idea del "contaminador pagado".

[38] Leclerc, Stéphane, *"Le principe pollueur-payeur"*, en Y. Petit (ed.), *Droit et politiques de l'environnement*, *op. cit*., p. 41.

Si bien una segunda recomendación de 14 de noviembre de 1974 relativa a la aplicación del principio de "quien contamina paga" aclaró las posibles excepciones a esta prohibición, lo más notable es que el enfoque puramente económico de este principio debía experimentar una doble evolución a finales del decenio de los noventa. Por una parte, el Consejo de la OCDE no debía limitar su aplicación únicamente a la contaminación accidental y luego crónica, sino pronunciarse a favor de una internalización total de los costos de la contaminación, teniendo en cuenta no solo los costos de las medidas de prevención y control de la contaminación, sino también los costos de los daños medioambientales. Por otro lado, se ha producido un aumento de la legalidad del principio de quien contamina paga, que, desde una inspiración claramente económica, "se ha ido transformando en un principio jurídico que se ha extendido y generalizado irremediablemente a todos los ordenamientos jurídicos".[39]

Este principio ha sido consagrado expresamente en toda una serie de convenios internacionales, como el Convenio de Londres del 30 de noviembre de 1990 sobre remediación, lucha y cooperación en materia de contaminación por hidrocarburos. Este movimiento convencional culminó finalmente en el 16º principio de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de junio de 1992, según el cual "las autoridades nacionales deben esforzarse por promover la internalización de los costos de la protección del medio ambiente y la utilización de instrumentos económicos, de conformidad con el principio de que el que contamina debe, en principio, asumir el costo de la contaminación, en aras del interés público y sin distorsionar el funcionamiento del comercio internacional y la inversión".[40]

Siguiendo la dirección defendida por la OCDE, la Comunidad Europea también debía consagrar el principio de que quien contamina paga en el orden comunitario. Tras haber sido mencionado en 1973 en el primer programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente, el contenido y las modalidades de aplicación de este principio se especificaron en

39 *Ibidem*.

40 *Ibidem*.

la Recomendación del Consejo 75/436, del 3 de marzo de 1974, relativa al reparto de los costos y a la intervención de las autoridades públicas en materia de medio ambiente. Posteriormente, el Acta Única Europea de febrero de 1986 coronó este movimiento hacia el reconocimiento normativo del principio, estableciéndolo como principio fundamental de la política de la Comunidad Europea, al igual que los principios de precaución, acción preventiva y corrección, con carácter prioritario, en el origen de los daños al medio ambiente. A partir de ahora, el principio de "quien contamina paga" tiene por objeto "orientar tanto la definición como la aplicación de cualquier política comunitaria de medio ambiente, y su respeto debe aplicarse tanto a las instituciones comunitarias como a los Estados miembros".[41]

Ahora bien, considerando precisamente el reconocimiento por la legislación nacional del principio de quien contamina paga, no fue sino hasta la Ley de 2 de febrero de 1995 relativa al refuerzo de la protección del medio ambiente (conocida como la Ley Barnier) que el artículo 1 de dicha Ley se consagró como principio general del derecho francés en materia de medio ambiente. Esta disposición está contenida en el artículo L. 110-1-II-3° del Código del Medio Ambiente, que establece que "Los costos resultantes de las medidas de prevención, reducción y lucha contra la contaminación deberán ser asumidos por el contaminador".

Esta idea ha terminado por estar incluida en la Carta del Medio Ambiente de 2004, dándole así el fundamento normativo supremo. Sin embargo, mientras que el legislador ordinario ha consagrado así el principio de quien contamina paga, el constituyente ha sido un tanto tímido, ya que el artículo 4 de la Carta se limita a enunciar que "toda persona contribuirá a la reparación del daño que cause al medio ambiente, en las condiciones definidas por la ley".

No obstante la constitucionalización de las cuestiones ambientales, algunos autores han temido que la redacción adoptada en el artículo 4 "conduzca a una regresión en relación con el principio de quien contamina paga".[42] Como ha señalado la doctrina,

41 *Ibidem*, p. 42.

42 Refiriéndose al proyecto de ley constitucional relativo a la Carta del Medio Ambiente presentado a la Asamblea Nacional el 27 de junio de 2003,

es "sumamente lamentable que el constituyente no haya asumido los términos mismos del principio de quien contamina paga, en la medida en que la formulación adoptada presupone únicamente la participación del contaminador en la reparación del daño causado (es decir, la reparación parcial del daño), y no que él solo asuma todas las consecuencias. Por lo tanto, el artículo 4 puede suscitar temores de una participación sistemática de la comunidad en la reparación del patrimonio común del medio ambiente".[43] Sin embargo, si se recurre a la comunidad, por supuesto que se recurrirá a ella mediante el instrumento económico universal de la tributación. De este modo, la Carta del Medio Ambiente viene a invocar la fiscalidad en la medida en que permite prever

Michel Prieur, "*Vers un droit de l'environnement renouvelé*" en *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 15, enero de 2004, especialmente p. 133, observó que: "La Carta podrá servir de base para un nuevo régimen, tanto en lo que respecta a la necesidad de prevención como a la reparación. La Carta no hace referencia expresa al llamado principio de quien contamina paga. Esto es tanto más criticable cuanto que Francia ya está vinculada por numerosos tratados que imponen este principio, incluido el Tratado de Maastricht. (Este principio) parece haber sido dejado de lado sobre la base de que expresa un derecho a contaminar y que todas las personas contaminadas son también contaminadoras. En realidad, se confunde la aplicación del principio como medida preventiva con el principio de reparación. Si hay daños, naturalmente corresponde al contaminador repararlos, el único problema que debe resolverse es el de la contaminación difusa, que no se aborda en la Carta, pero que tendrá que ser abordado por la ley. La redacción de la Carta parece ser laxa al permitir exenciones y limitaciones de responsabilidad, ya que no existe una obligación de reparación íntegra, sino solo una obligación de "contribuir" a la reparación, que solo presupone una reparación parcial (art. 4). Esto sugeriría que, dado que el medio ambiente es un patrimonio común, la comunidad, y no solo el contaminador, podría verse inducida a contribuir sistemáticamente a la reparación de bienes inapropiados. Esta suposición anormalmente favorable a las empresas no está en línea con la 'moralidad ambiental'". Del mismo modo, tras señalar que la Carta del Medio Ambiente se distingue por el principio de expulsión que opera del principio de quien contamina paga, Van Lang, Agathe, *Droit de l'environnement,* núm. 150, 3a. ed., París, Presses Universitaires de France, 2011, p. 123, observa que sus autores justificaron su actuación por la ambigüedad de dicho principio, en la medida en que puede ser interpretado por algunos como una concesión del derecho a contaminar al que paga. De ahí la imposibilidad de constitucionalizar tal principio.

[43] Leclerc, Stéphane, *op. cit.*, p. 43.

un recurso frecuente, si no sistemático, a la contribución de la comunidad, es decir, en última instancia, del contribuyente.[44]

A estas alturas, podría anticiparse ya con claridad que la idea, en última instancia, de impuestos medioambientales sobre la energía con la naturaleza de un impuesto de rendimiento o con fines puramente fiscales, tiende a contener una contradicción intrínseca. De hecho, "a pesar del aspecto innegablemente atractivo de tal doctrina, sobre todo para la clase política, esconde una contradicción interna difícil de superar: ¿cómo conciliar dentro de un mismo impuesto funciones incitativas y presupuestarias? La primera presupone la elección de una base (contributiva) bien orientada y, por lo tanto, limitada, y de un tipo (de gravamen) elevado, con el fin de actuar como elemento disuasorio; mientras que la segunda implica lo contrario, para que los ingresos del impuesto sean lo más altos y sostenibles posibles".[45] ¿Obstaculizaría esto el crecimiento de la fiscalidad sobre la energía por razones medioambientales? Nada es menos cierto. Después de todo, ¿la idea misma de un impuesto ambiental sobre la energía por motivos medioambientales no sería una nueva "ilusión financiera" en el sentido del eminente financiero italiano Puviani?[46] Entendida de esta manera, la teoría del doble dividendo permitiría, al sustituir los impuestos sobre la renta por impuestos ecológicos sobre la energía, ocultar al contribuyente la carga fiscal que realmente soporta y, por otro lado, exagerar los beneficios medioambientales de los impuestos ecológicos que, en última instancia, serían solo impuestos sobre los rendimientos.

---

44 Van Lang, Agathe, *op. cit*., pp. 123 y 124.

45 Caudal, Sylvie, *Fiscalité et environnement*, *op. cit*., p. 145.

46 Puviani, Amilcare, *Teoria della illusione finanziaria*, Milán-Palermo-Nápoles, Remo Sandron-Editor, 1903. La tesis de la ilusión financiera significa, en síntesis, que la minoría dominante, es decir, la clase dominante, siempre busca despertar menos oposición de la clase dominada. Para ello, tiende a crear una doble ilusión financiera. Por un lado, se trata de ocultar a los ciudadanos "por ejemplo, gravando el consumo, como también explicará Marx" la carga fiscal que realmente soportan y, por otro, de exagerar los beneficios que obtienen de la prestación de servicios públicos. De este modo, las ilusiones financieras permiten que algunas clases sociales se apropien de beneficios cuya carga recae exclusivamente sobre otras clases.

Referencias

Anders, Günther, *Die Antiquiertheit des Menschen: Über die Seele im Zeitalter der zweiten industriellen Revolution*, vol. I, C.H. Beck Verlag, Munich, 1956; trad. esp. de Josep Monter Pérez, *La obsolescencia del hombre: sobre el alma en la época de la segunda revolución industrial*, Valencia, Editorial Pre-Textos, 2011.

Bernanos, Georges, *La France contre les robots*, trad. de Francisco Javier, Martínez Fernández, *Francia contra los robots*, Granada, Editorial Nuevo Inicio, 2018.

Bourget, Renaud, "La evolución de la naturaleza del Consejo Constitucional francés en función de los tipos de control de constitucionalidad de las leyes", en Pablo Manili (dir.), *Estudios en Homenaje al Dr. Jorge Reinaldo VANOSSI*, Buenos Aires, IJJ-UNAM-Astrea, 2020.

Bousquet, Georges-Henri, *L'auteur et son œuvre*, en *A.-C. Pigou*, París, Dalloz, 1958.

Brissat, Camille y Schueller, Eugène, *Taxer l'énergie des machines ou celle des hommes (l'impôt sur l'énergie),* Études d'hommes et métiers.

Cluseau, Max, "Défense de l'impôt sur l'énergie par E. Schueller", *Revue de Science et Législation financières*, núm. 2, abril-junio de 1954.

Ellul, Jacques y Charbonneau, Bernard, "Directives pour un manifeste personnaliste: Textes pionniers de l'écologie politique", reed. *in Nous sommes révolutionnaires malgré nous (recueil de quatre textes datant des années 1930)*, Paris, Le Seuil, 2014; trad. esp. de Adrián Almazán, *Somos revolucionarios a nuestro pesar: textos pioneros de ecología política*, Alicante, Ediciones el Salmón, 2020.

Ellul, Jacques, "L'homme dépassé par la machine: Trois exemples de l'écrasement de l'homme par la machine", *Réforme*, núm. 401, 22 noviembre 1952, p. 4; *Le bluff technologique*, Hachette, Paris 1988.

Emeri, Calude, "Chronique constitutionnelle et parlementaire française, vie et droit parlementaires", *Revue du Droit Public*, 1970.

Favoreu, Louis, "Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel", *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Éditions Cujas, 1975.

Greffe, Xavier, *L'approche contemporaine de la valeur en finances publiques,* París, Economica, 1972.

Lauré, Maurice, *La taxe sur la valeur ajoutée*, Sirey, 1952.

Meade, James Edward, "*External Economics and Diseconomies in a Competitive Situation*", en *The Economics Journal,* vol. 62, núm. 245.

Pigou, Arthur Cecil, *Essays in Economics*, Nueva York, AMS Press, 1952.

Pigou, Arthur Cecil, *The Economics of Welfare*, 4a. ed., Londres, Macmillan,1932.

Puviani, Amilcare, *Teoria della illusione finanziaria*, Milán-Palermo-Nápoles, Remo Sandron-Editor, 1903.

Vedel, Georges, *Cours d'institutions financières*, Les cours du droit, París, 1961-1962.

Audiencias públicas de nombramiento y jueces constitucionales

***

Public appointment hearings and constitutional judges

*Tania Busch Venthur**

Resumen: este trabajo propone que las audiencias públicas de nominación constituyen una institución que, inserta dentro del sistema de selección y nombramiento de jueces constitucionales, permiten aumentar el control público y escrutinio sobre el proceso. Asumiendo la politicidad de la función que ejerce la justicia constitucional, se sostiene que esta ha de incorporarse en los arreglos institucionales que organizan la jurisdicción constitucional. Las audiencias públicas permiten el escrutinio público sobre todos los intervinientes en el proceso de selección y nombramiento, visibilizando las razones y dinámicas que definen la selección de los jueces constitucionales. Así, se postula que un diseño deliberativo de esta institución puede fortalecer la legitimidad de los jueces constitucionales, aumentando la discusión pública sobre el rol de la jurisdicción constitucional y las exigencias sobre quienes deben ejercerla.

* Abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción. Magíster en Ciencias Jurídicas y Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora del área de Derecho Público, Universidad Andrés Bello, Chile. ORCID 0000-0002-6943-2595, tania.busch@unab.cl

Abstract: this paper proposes that public nomination hearings are an institution that, inserted within the system of selection and appointment of constitutional judges, allows for increased public control and scrutiny over the process. Assuming the political nature of the function exercised by constitutional justice, it is argued that this must be incorporated into the institutional arrangements that organize judicial review. Public hearings allow for public scrutiny of all those involved in the selection and appointment process, making visible the reasons and dynamics that define the selection of constitutional judges. Thus, it is argued that a deliberative design of this institution can strengthen the legitimacy of constitutional judges, increasing public discussion about the role of constitutional jurisdiction and the demands on those who must exercise it.

Palabras clave: audiencias públicas, jueces constitucionales, sistemas de selección y nombramiento, justicia constitucional.

Keywords: public hearings, constitutional judges, judicial appointments, judicial review.

Sumario: I. Introducción. II. Exigencias normativas y politicidad en los nombramientos de jueces constitucionales. III. Las audiencias públicas en los procesos de designación de jueces constitucionales. IV. Las audiencias públicas como concreción del ideal deliberativo. V. Elementos de diseño para abrir la deliberación. VI. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

El control de constitucionalidad importa siempre una tensión con el principio mayoritario y las competencias de las ramas electas. Esto ha se ha vuelto patente en América Latina, región en que la jurisdicción constitucional adquiere características propias, tanto en sus modos de organización y procedimientos, como por el papel que ha jugado en los sistemas democráticos. Los jueces constitucionales de la región han desempeñado un rol significativo, dictando sentencias que resuelven cuestiones de alto perfil público y político que han puesto de manifiesto la politicidad de la función que ejercen.

La labor de los jueces constitucionales presenta una doble naturaleza, tratándose de una labor jurídico-política, que debe ser considerada al organizar los arreglos institucionales que definan quiénes han de cumplir esta función. No obstante, la regulación constitucional de los procesos de nominación parece mantener la ilusión de la asepsia política, a pesar de ser un factor determinante a la hora de definir qué perfil de jueces y juezas deberá hacerse cargo de la adjudicación constitucional y así, de la redefinición de los márgenes del cauce en que se desenvuelven las decisiones políticas y las instituciones del sistema democrático. En los hechos, las consideraciones sobre los compromisos ideológicos y trayectorias, los acuerdos políticos y la búsqueda de equilibrio entre las fuerzas políticas traspasan por las rendijas del entramado formal que conforma el sistema de selección de jueces constitucionales, y resultan cruciales en las designaciones.

Este trabajo busca estudiar las audiencias públicas como un elemento dentro del sistema de selección y nombramiento de jueces constitucionales que, sin negar la politicidad del procedimiento, permita aumentar el control público sobre el proceso de selección y nombramiento de jueces constitucionales y dar visibilidad a estos elementos informales de decisión. Un diseño deliberativo de esta institución puede significar un aporte significativo en términos de transparencia y escrutinio sobre el proceso de designación, aumentando la discusión pública sobre el rol de la jurisdicción constitucional y las exigencias sobre quienes deben ejercerla.

II. Exigencias normativas y politicidad en los nombramientos de jueces constitucionales

Los sistemas de integración, selección y nombramiento de altas magistraturas son un elemento clave del diseño de un sistema de jurisdicción constitucional. La forma en que se organice determinará la concreción de las exigencias normativas que se esperan que los magistrados constitucionales cumplan en tanto jueces y como encargados de la interpretación de la Constitución: idoneidad técnica o conocimiento jurídico, idoneidad democrática, independencia e imparcialidad y legitimidad democrática. Estas

se derivan de la función específica de la jurisdicción constitucional. En cuanto aplicadores de derecho, es decir en cuanto su rol de jueces cuya función es resolver controversias aplicando la norma jurídica fundamental, estos han de contar con una sólida formación jurídica y experiencia en materia de derecho público. La segunda exigencia es que han de cumplir con los principios de independencia e imparcialidad propios del ejercicio de toda jurisdicción. La tercera exigencia se deriva de su condición de detentadores de poder político y creadores de derecho (todo esto en el específico modo que corresponde a la jurisdicción constitucional). Los jueces constitucionales no solo han de ser idóneos para la labor en cuanto a su formación como juristas. Su función específica exige un compromiso con la democracia, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales. En otras palabras, para cumplir adecuadamente su función el juez constitucional debe adherir a los principios básicos del constitucionalismo. Por último, deben contar con legitimidad democrática, en cuanto todo ejercicio de poder público ha de poder vincularse a la soberanía del pueblo.[1]

Existen diversos sistemas para nombrar jueces constitucionales. Una revisión de los mecanismos de nombramiento permite categorizarlos en *i)* sistema de selección con participación exclusiva del Congreso; *ii)* sistema de nombramiento con participación combinada de diversos órganos, sean o no de elección popular, los que pueden subdividirse en sistemas colaborativos o de reparto, según si los órganos deben colaborar para llegar a la designación, o si le corresponde designar cierto número de magistrados sin intervención de otros órganos; *iii)* sistema de nombramiento por algún órgano de carácter técnico como Consejo de la Magistratura u otro similar; y *iv)* sistema de nombramiento por elección popular.[2] Diversas opciones institucionales equilibran de un modo diferente los objetivos institucionales o exigencias normativas que perfilan al juez constitucional. Las exigencias normativas del juez constitucional no se concretan por la

1 Busch Venthur, Tania, *El control del juez constitucional: control y responsabilidad en la jurisdicción constitucional,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp.49 y ss.

2 Para una explicación de estos sistemas ver *ibidem,* p. 81.

sola enunciación de virtudes que se alcanzan por las condiciones morales o éticas de cada hombre o mujer que aspira al cargo. Lo relevante para el derecho es que la regulación apunte a una ingeniería constitucional que actualice la satisfacción de uno o más objetivos institucionales.

No obstante, cualquiera que sea la forma específica que tome el sistema de nombramientos en la Constitución, la regulación formal no alcanza a cubrir todos los factores que inciden en la selección de las personas que acceden a la magistratura constitucional. La práctica de los operadores que intervienen en las designaciones es clave para el buen funcionamiento de cualquier diseño y la realidad no siempre está a la altura. En estos procesos la politicidad es insoslayable, por la propia función del ejercicio de la judicatura constitucional. Esto frecuentemente tensiona los nombramientos,[3] y en ocasiones las designaciones resultan altamente controversiales. Así ha sucedido en sistemas tan distintos como la Corte Suprema norteamericana y el Tribunal Constitucional español, por nombrar algunos casos conocidos.[4] Aunque ya no es novedad ninguna que el ejercicio de la jurisdicción constitucional importa un desplazamiento de poder entre los poderes propiamente políticos y los jueces constitucionales, el tratamiento de la doctrina constitucional tradicional en nuestros sistemas[5] no asume las consideraciones políticas e ideológicas como un elemento inherente a la selección de los jueces constitucionales. La politicidad de los nombramientos no es abordada, o se trata solo como una desviación o patología del sistema.

---

3 Bagni, Silvia y Nicolini, Matteo, *Justicia constitucional comparada,* trad. de Carla Aliandri Sanz y Adriana Trave Valls, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, p. 426.

4 Rogowski, Jon y Stone, Andrew "How political contestation over judicial nominations polarizes americans attitudes toward the Supreme Court", British *Journal of Political Science,* vol. 51, núm. 3, 2021, p.1252. Carmona Contreras, Ana "Control parlamentario y designación de órganos constitucionales en España: teoría y práctica", *Revista de las Cortes Generale*s, núm. 113, 2022, p. 260.

5 La cuestión es radicalmente diferente tratándose del sistema norteamericano, donde la politicidad de los nombramientos de los jueces de la Corte Suprema es ampliamente conocida y ha sido extensamente tratada desde la literatura constitucional como por la ciencia política.

Los requisitos para ser juez constitucional se caracterizan por formularse en términos amplios, dejando un espacio importante para que estos sean ponderados con libertad por los órganos intervinientes en el proceso de designación. Las consideraciones políticas e ideológicas para la selección de jueces constitucionales constituyen instituciones informales, en el sentido que les da Steininger para el contexto de la justicia constitucional como "estructuras sociales que restringen y dan forma a la práctica judicial".[6] Por más que la doctrina constitucional tradicional las niegue o demonice, estudios desde la ciencia política demuestran que son corrientes en estos procesos, inclusive en cortes constitucionales conocidas por su independencia y fortaleza como la Corte Constitucional colombiana[7] y el Tribunal Federal alemán.[8] Si la cuestión aparece presente en todos los sistemas de selección y nombramiento, quizá el diseño deba incorporar esta realidad y no negarla. La cuestión es inevitable e incluso puede ser virtuosa, en la medida que la función exige un grado de prudencia y sensibilidad con lo público. La ponderación de los compromisos ideológicos demostrados en sus trayectorias públicas no necesariamente significa que los jueces nombrados actuarán con parcialidad o dependencia en el ejercicio de su cargo.

La jurisdicción constitucional se ejerce por jueces, y estos deben tener los conocimientos técnicos y comportarse como tales, esto es que fallen de forma independiente e imparcial. La constitución es un pacto político fundamental, pero también es norma jurídica aplicable dentro de un proceso jurisdiccional en que se ha de fallar conforme a la técnica jurídica. En este proceso, se esperará del juzgador lo que se esperaría de todo juez: que aplique las normas según su convicción jurídica, priorizando su lealtad con el derecho a sus lealtades o convicciones políticas, filosó-

6 Steininger, Silvia, "Talks, dinners, and envelopes at nightfall: the politicization of informality at the bundesverfassungsgericht", *German Law Journal*, núm. 24, 2024, p. 1301.

7 Montoya, Ana María, "Si no vas al Senado, no te eligen magistrado, Instituciones informales y criterios de selección de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana en el Senado (1992-2009)" *Colombia Internacional,* núm. 79, 2013, p. 157.

8 Steininger, Silvia, *op. cit*.

ficas, religiosas, etcétera. Mismas que, sin embargo, se encuentran comprometidas en la actualización de la constitución. Los arreglos políticos informales, además de ser inevitables, pueden incluso resultar beneficiosos. Pero solo si la apreciación principal esté en la elección de jueces constitucionales que se comporten y se escojan como tales, y las consideraciones de lealtades políticas no sustituyan o desplacen a las exigencias normativas a cumplir por el juez constitucional. Las instituciones informales han recibido poca atención y desde el Derecho el formalismo tiende a concentrarse en los resultados de los procesos de nombramientos judiciales más que en las dinámicas que lleva a estos resultados. Las instituciones informales existen en los espacios obscuros o la indeterminación de las instituciones formales. Y si bien no son necesariamente ilegales o negativas, pueden debilitar la legitimidad de una institución si irrumpen en luego de permanecer ocultas o negadas desde los espacios formales. Luego, el diseño institucional debe, de alguna manera, hacerse cargo de esta realidad.

El escrutinio sobre la interpretación de los órganos que seleccionan es crucial para lograr una designación de jueces o juezas constitucionales que cumplan con los objetivos institucionales antes explicados. Para disciplinar y limitar el peso de las lealtades ideológicas por sobre los objetivos institucionales a concretar en la selección de los magistrados constitucionales, el foco no ha de ponerse solo en los antecedentes de quien aspira a convertirse en juez constitucional, sino en la totalidad del proceso de designación. Muy especialmente, la atención debe estar en el modo en que proceden los órganos que seleccionan y nombran. La cuestión, entonces, radica en imaginar arreglos institucionales que puedan visibilizar la consideración de compromisos políticos, trayectorias públicas y opciones ideológicas en la decisión de nombrar a un magistrado constitucional, transparentando las dinámicas de los actores institucionales responsables del proceso de designación.

III. Las audiencias públicas en los procesos de designación de jueces constitucionales

Las audiencias públicas de nominación se insertan dentro del proceso de nombramiento de diversos órganos y consisten en la comparecencia del candidato o candidata ante el órgano que nombra o confirma, con el objeto de oírle e interrogarlo, en forma previa a tomar la decisión de su nombramiento. La realización de audiencias públicas incorpora al sistema de nombramiento un elemento que, además de aportar antecedentes sobre el candidato, pone el foco sobre los órganos encargados del proceso de designación, permitiendo examinar sus criterios de decisión.

La versión más conocida de estas audiencias son las que se realizan ante el Congreso, que al efectuar nombramientos otorga legitimidad democrática indirecta, además de cumplir con su función de control y de dirección política al seleccionar, confirmar o rechazar candidatos con un determinado perfil.[9] No obstante, aunque esta es la sede más usual de las audiencias públicas de nominación, no es la única, y pueden realizarse en forma previa a nombramientos que realice el ejecutivo o el poder judicial, o como trámite previo para formar nóminas a presentar al órgano que realiza el nombramiento.

Su realización no solo permite evaluar los méritos de los candidatos para tomar una decisión con conocimiento fundado de las circunstancias que reúne cada persona y aproximar la elección al máximo acierto,[10] sino que además cumplen una función de apertura y transparencia del procedimiento de selección hacia la sociedad.[11] En los casos en que el diseño lo permite, habilita la

9 Cuenca Miranda, Alfonso, "La intervención parlamentaria en la designación de cargos públicos", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 113, 2022, p. 280.

10 Pauner Chulvi, Cristina, "Nuevas y viejas cuestiones en torno a la designación parlamentaria de cargos públicos", en Santaolalla López, Fernando y Pauner Chulvi, Cristina, *Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

11 Astudillo, César, "El nombramiento de los ministros de la Suprema Corte de Justicia en México", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Von Bogdany,

participación de la ciudadanía en el proceso a través de la presentación de objeciones o antecedentes sobre los nombres propuestos.[12]

El antecedente más conocido de las audiencias públicas de nominación se encuentra en las audiencias de confirmación del sistema de selección de los jueces de la Corte Suprema norteamericana, que realiza el Senado durante el sistema de *advise and consent* para la elección de los jueces de la CS de Estados Unidos, que se establece en el artículo II, sección 2 de la Constitución norteamericana. Este sistema se ha configurado con el tiempo a través de la práctica política y las costumbres del Senado.[13] En general se estima que estas audiencias construyen confianza y legitiman a la Corte, lo que permite afianzar la independencia judicial.[14] Las audiencias públicas como parte del proceso de nombramiento de jueces constitucionales también existen en algunos sistemas de nombramiento de jueces constitucionales europeos.[15] Sin embargo, las diferencias en la cultura jurídica y la comprensión que se tiene sobre el rol de la judicatura han determinado que el tratamiento de la institución en Europa sea significativamente menor al que ha recibido en el sistema norteamericano. Contrastando con la publicidad que rodea la elección de los jueces en Estados

---

Armin, MoralesAntoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitucionale commune en América Latina?,* t. I., México, UNAM-Max Planck Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, pp. 345-385.

12 Carranza, Gonzalo Gabriel, "Constitucionalidad y oportunidad política en el nombramiento de los miembros de la Corte Suprema en Argentina. Especial alusión a la designación en comisión", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXII, 2016, p. 40.

13 Collins, Paul y Ringhand, Lori, "The institutionalization of Supreme Court confirmation hearings", *Law & Social Inquiry*, vol. 41, núm. 1, 2016, p. 130.

14 Carrington, Nathan y French, Colin, "Mechanisms, measurements, and manifestations in evaluating the effects of confirmation hearings on Supreme Court legitimacy", *Social Science Quarterly,* vol. 103, 2022, p. 1292; Post, Robert y Siegel, Reva, "Questioning justice: law and politics in judicial confirmation hearings", *The Yale Law Journal,* vol. 115, 2006, p. 40.

15 Servicio de Estudios, Biblioteca y Documentación del Tribunal Constitucional Español, "Modelos de renovación personal de los tribunales constitucionales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, núm. 61, 2001, p. 230.

Unidos, Kelemen señala que en Europa el nombramiento de los jueces constitucionales no es un acontecimiento que concite el interés público. La nominación de los magistrados no atrae la atención de la prensa. Si bien intervienen comités parlamentarios, las audiencias de los candidatos se realizan a puertas cerradas, siendo la votación una mera formalidad.[16]

En Latinoamérica las cortes constitucionales han ejercido un rol relevante en el sistema político. Algunas sentencias constitucionales han resultado clave para impulsar cambios sociales[17] ampliando derechos y tomando decisiones que en la teoría tradicional corresponden a los poderes electos. La organización de la jurisdicción latinoamericana tiene particularidades propias,[18] destacando singularmente su tendencia a ejercer sus competencias de forma abierta a la ciudadanía, con altos niveles de transparencia y visibilidad pública. En un contexto de democracias débiles[19] en que el parlamento presenta déficit de deliberación, se desconfía del legislativo y los instrumentos de control político no funcionan bien,[20] la jurisdicción constitucional se ha vuelto

16 Kelemen, Katalin, "Appointment of constitutional judges in a comparative perspective – whit a proposal for a new model for hungary", *Acta Juridica Hungarica*, vol. 54, núm. 1, 2013, p. 14.

17 Pou Giménez, Francisca, "Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo", en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 120.

18 Bagni, Silvia y Nicolini, Matteo, *op. cit.,* p.143; Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada,* Madrid, Dykinson, 2004; Pou, Francisca, "Supreme and constitutional courts. Directions in constitutional justice", en Sieder, Rachel y Ansolabehere, Karina (coords.), *Routledge Handbook of Law and Society in Latin America*, Nueva York, Routledge, 2019, p. 200; Ríos-Figueroa, Julio, "Institutions for constitutional justice in Latin America", en Helmke, Gretchen y Ríos-Figueroa, Julio, *Courts in Latin America,* Nueva York, Cambridge University Press, 2011; Frosini, Justin y Pegoraro, Lucio, "Constitutional courts in Latin America: a testing ground for new parameters of classification?", *Journal of Comparative Law,* núm. 3, 2013, p. 54.

19 Saba, Roberto, "La elusiva frontera entre la justicia y la política", en Niembro, Roberto y Verdugo, Sergio (coords.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio,* Ciudad de México, SCJN-ICON-S, 2020, p. 290.

20 Barroso, Luís, "La razón sin voto: la función representativa y mayoritaria de las cortes constitucionales", en Gargarella, Roberto y Niembro, Roberto

un elemento cada vez más relevante en el funcionamiento del sistema político. Así, la importancia del rol que cumple la justicia constitucional en el contexto latinoamericano abona la idea de que su proceso de designación debe incorporar elementos de control y transparencia.

Desde comienzos de la década del 2000 en adelante, en Iberoamérica hay una tendencia a implementar esta institución para nombramientos judiciales y de otros órganos constitucionales. La institución se implementa en España con el nombre de comparecencias.[21] Aunque la cuestión de la forma de nombramiento y estatuto de los magistrados constitucionales ha renovado el interés de la literatura,[22] la práctica de estas comparecencias ha sido meramente formal y sin una reglamentación coherente,[23] en la misma línea del resto de los sistemas europeos que señala Kelemen. En América Latina se han implementado audiencias públicas de nominación para el nombramiento de los integrantes de su jurisdicción constitucional en países como Argentina, Co-

(coords.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas,* México, IIJ-UNAM-IECEQ, 2016, p. 140; Roa Roa, Jorge Ernesto, "La jurisdicción constitucional nos representa. La adjudicación estratégica y cooperativa en el constitucionalismo transformador", *Iuris Dictio,* núm. 30, 2022, p. 50.

21 Los candidatos al Tribunal Constitucional español deben comparecer ante la Comisión Consultiva de nombramientos del Congreso de los Diputados con el objetivo de que se verifique el cumplimiento de los requisitos de integración en los cargos a nombrar. En el sistema español no hay etapa de participación de la ciudadanía, y la publicidad de las comparecencias dependen de la decisión de la Comisión; Hernando Masdeu, Javier, *La selección de magistrados del Tribunal Constitucional,* Tesis doctoral, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, 2013, p. 56, *http://eprints.ucm.es/22829/*

22 Baamonde Gómez, Laura, "Magistrado constitucional", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 23, 2022, p. 267; Carmona Contreras, Ana, *op. cit*., p. 265; Cuenca Miranda, Alfonso, *op. cit*., p. 280.

23 Jerónimo Sánchez-Beato, Estefanía "La comisión consultiva de nombramientos del congreso de los diputados, algunas reflexiones a propósito de la resolución de la presidencia del congreso de 25 de mayo de 2000", *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 11, 2001, p. 167; Santaolalla López, Fernando, "Problemas de las designaciones parlamentarias en nuestro derecho", en Santaolalla López, Fernando y Pauner Chulvi, Cristina, *Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

lombia, Ecuador y México.[24] En Chile estas audiencias se realizan como una práctica del sistema, aunque su implementación no tiene consagración constitucional ni legal.

El sistema de selección y nombramiento de los jueces constitucionales en Chile ha sido criticado por la opacidad de sus procedimientos de designación, y una práctica que ha privilegiado la negociación política por sobre los méritos académicos o los conocimientos especializados. Las deficiencias se han sintetizado en la discrecionalidad de las designaciones del Presidente de la República, los bajos estándares de transparencia y escrutinio público de los nombramientos del Congreso Nacional; la amplitud y ambigüedad de la regla de haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública y la discrecionalidad completa de la interpretación de esta norma que facilita el ingreso de figuras políticas al tribunal.[25] Estos problemas se han expresado en los últimos años en procesos de nombramiento que se extienden por largo tiempo sin designar los cargos vacantes por falta de acuerdo político o que finalizan con la designación de personas que luego son cuestionadas por consideraciones no abordadas durante el proceso de nominación. Como una fórmula para hacer frente a estas deficiencias y aumentar el escrutinio público de las designaciones la doctrina ha propuesto incorporar audiencias públicas de nominación a nivel constitucional,[26] idea que ha te-

[24] Due Process of Law Foundation, *El proceso de selección de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de México: Recomendaciones desde el derecho internacional y comparado para seleccionar a los mejores,* 2015, *https://www.dplf.org/es/resources/el-proceso-de-seleccion-de-ministros-de-la-scjn-de-mexico* Elizondo Mayer-Serra, Carlos, y Magaloni, Ana "La forma es fondo: cómo se nombran y deciden los ministros de la Suprema Corte de Justicia", *Cuestiones constitucionales*, núm. 23, 2010, p. 47.

[25] Grupo de Estudio de reforma al Tribunal Constitucional, *Informe final. 25 propuestas para un Tribunal Constitucional del siglo XXI,* 2019, *https://media.elmostrador.cl/2019/07/informe-final-grupo-estudio-reforma-al-tc.pdf*

[26] Bassa, Mercado, Jaime, "El Tribunal Constitucional en la Constitución chilena vigente", en Bassa Mercado, Jaime, Ferrada Bórquez, Juan Carlos y Viera Álvarez, Christian (edits.), *La Constitución chilena*, Santiago, LOM, 2015; Nogueira Alcalá, Humberto, "El estatuto de los jueces constitucionales en Chile", en Fix-Zamudio, Héctor y Astudillo, César (coords.), *Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa*, México, IIJ-UNAM, 2012; Salem, Catalina, "Integración del Tribunal Constitucional: un análisis

nido recepción en los proyectos de nueva Constitución que han buscado dotar a Chile de una nueva carta fundamental.[27]

IV. Las audiencias públicas como concreción del ideal deliberativo

El ideal deliberativo entiende que es necesario que las instituciones se diseñan con el objetivo de concretar la igualdad política y el intercambio de razones.[28] Un diseño deliberativo implica que las instituciones garanticen un genuino proceso de reflexión y debate previo a la toma de decisiones, en los que intervinientes intercambian argumentos y evidencias sobre la mejor alternativa de decisión.[29] La vinculación entre jurisdicción constitucional

crítico al sistema de designación actual", *Derecho Público Iberoamericano*, núm. 11, 2017; Silva Gallinato, María Pía, "Proposiciones para modificar la composición y algunas atribuciones del Tribunal Constitucional" en Maritano González, José (ed.), *Nueva Constitución y bien común,* Santiago, Centro Democracia y Comunidad-Konrad Adenauer Stiftung, 2015; Zúñiga Urbina, Francisco, "Tribunal Constitucional. Problemas de posición y legitimidad en una democracia constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 14, 2010.

27 Durante la última década Chile ha pasado por tres procesos constitucionales que han buscado contar con una nueva Constitución. El primero fue el proceso iniciado por la presidenta Bachelet en 2015 y que terminó con un proyecto de reforma total a la Constitución presentado al Congreso Nacional en 2018. El segundo fue catalizado por el estallido social de 2019 y un itinerario de cambio constitucional a través de una asamblea constituyente que presentó un proyecto de nueva Constitución a referendo el 2022, siendo rechazado por la ciudadanía. Durante el año 2023 otro proceso constitucional presentó una nueva propuesta de Constitución y fue también rechazada por votación popular. Este largo proceso de reflexión constitucional no ha logrado resolver el problema, pero ha dejado importantes lecciones sobre los desafíos que enfrentan nuestras instituciones. Contemplaban audiencias públicas de nombramiento de jueces constitucionales las propuestas de cambio constitucional contenidas en el proyecto constitucional de Michelle Bachelet de 2018 y la propuesta de nueva Constitución de 2023.

28 Bello Hutt, Donald, "Deliberative, Republican, and egalitarian institutional alternatives for popular constitutionalism", *Revista Derecho del Estado*, núm. 48, 2021, p. 190.

29 Linares, Sebastián, *Democracia participativa epistémica*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

y teoría deliberativa de la democracia tiene un vasto tratamiento en la literatura. Se ha acudido al ideal deliberativo para hacer frente a la objeción democrática a la justicia constitucional, proponiéndose opciones de diseño del procedimiento del control de constitucionalidad que buscan morigerar el carácter contramayoritario del control de constitucionalidad y el "problema de la última palabra" en la interpretación constitucional.[30] Sostengo que los parámetros de la democracia deliberativa resultan particularmente idóneos para pensar el diseño de una etapa previa al ejercicio de la jurisdicción constitucional: la selección de los jueces que lo realizan ya que provee de criterios normativos que permiten evaluar la práctica y la regulación de los sistemas de selección y nombramiento en general, y la forma en que se han implementado y diseñado las audiencias públicas de nombramiento dentro de estos procesos en particular.

La literatura sobre cortes constitucionales en América Latina afirma que innovaciones procedimentales que abren la jurisdicción constitucional hacia la sociedad civil constituyen concreciones institucionales de ideal deliberativo.[31] Las audiencias públicas de nominación se insertan dentro de estas innovaciones[32] y resultan una institución propicia para analizar cómo un diseño institucional puede fortalecer la deliberación y el intercambio de razones y valoraciones sobre una decisión relativa al nombramiento de altas magistraturas.

---

30 En este sentido Ferreres Comella, Víctor, *Una defensa del modelo europeo del control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011; Gargarella, Roberto, *El derecho como una conversación entre iguales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2022; Linares, Sebastián, *op. cit*.; Niembro Ortega, Roberto, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa,* Madrid, Marcial Pons, 2019; Roa Roa, Jorge Ernesto, *Control de constitucionalidad deliberativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España, 2019.

31 Gargarella, Roberto, "Why do we care about dialogue? 'Notwithstanding clause', 'meaningful engagement' and public hearings: a sympathetic but critical analysis", en Young, Katherine y Sen, Amartya (eds.), *The future of economic and social rights*, 2019, Cambridge, Cambridge University Press, p. 218.

32 Abramovich, Víctor, "La apertura del debate constitucional. Nuevas vías de participación ante la Corte Suprema", *Pensar en Derecho*, núm. 3, 2013, p. 19.

Un diseño deliberativo de las audiencias públicas de nominación de jueces constitucionales permitiría fortalecer el debate público previo a los nombramientos y abrir el proceso de selección y nombramiento hacia la ciudadanía, a través de un diseño de las instituciones que les permitan ser receptivas a la interpretación y aportes provenientes desde la sociedad civil y la academia. Además de permitir la expresión en la integración de los tribunales de la pluralidad de visiones dentro de la comunidad política en que se inserta, redundando en una mejor selección de sus integrantes y una mayor legitimidad.

V. Elementos de diseño para abrir la deliberación

El potencial deliberativo de las audiencias públicas es dependiente del diseño procedimental de estas y de la cultura jurídico-política en que se inserten. La sola incorporación formal de la institución de las audiencias públicas dentro de los procesos de designación de jueces constitucionales puede resultar insuficiente. La cultura de la opacidad que predomina en la práctica de algunos sistemas, como el chileno,[33] unido a su débil regulación, ha impedido que la incorporación de esta etapa del proceso de designación de jueces constitucionales resulte significativa y se le ha utilizado como una mera formalidad. Se convoca a las audiencias cuando los arreglos informales ya han actuado. La decisión de los órganos constitucionales involucrados en los nombramientos opera, como se señaló, en las rendijas de la regulación constitucional. Cuando se presentan las candidaturas y se convoca a las audiencias, los apoyos o rechazos ya se han definido. Es demasiado tarde para tener un impacto en las designaciones.

La cultura jurídico-política, no obstante, no es independiente de las instituciones. Una y otras se retroalimentan mutuamente. Una intervención de diseño que conciba la selección y designación de jueces constitucional como un proceso, y no solo

[33] Para una descripción de esto, ver Busch Venthur, Tania, "Crisis del sistema de nombramientos en el Tribunal Constitucional", *Anuario de Derecho Público,* Universidad Diego Portales, 2023. En prensa.

lo enfoque en los momentos en que se vota o resuelve, puede cambiar las dinámicas de deliberación y decisión de los actores involucrados. Para esto resulta imprescindible entender a estas instituciones como una secuencia de procedimientos concatenados: convocatoria, desarrollo de la audiencia propiamente tal, y luego la decisión de la designación. La dimensión temporal, esto es, los plazos definidos para cada etapa son determinantes para permitir —o no— la deliberación y el intercambio de razones. Si no hay suficiente tiempo para apreciar y ponderar antecedentes, los espacios para la consideración informal se amplían y estas instancias serán solo una puesta en escena.

Los diseños pueden variar, pero hay elementos que son clave para el despliegue del potencial deliberativo y de control de las audiencias públicas. A saber, debe informarse amplia y públicamente sobre quiénes postulan a ejercer como juez constitucional y cuándo se convocará a la audiencia pública. Debe preverse un procedimiento para abrir el proceso a la ciudadanía, y que puedan hacerse llegar antecedentes para que sean considerados por los órganos que deben resolver la designación. La ritualidad de la audiencia es también relevante, así como la definición de quiénes tienen derecho a formular preguntas, y sobre qué materias. Y desde luego, su publicidad y apertura a los medios y/o su transmisión al público. Como adelantaba, la temporalidad es clave para que se produzca el diálogo, la reflexión y el intercambio de razones. Deben considerarse tiempos adecuados de difusión de la audiencia, para la realización de la audiencia y para la resolución de la designación.

Un diseño deliberativo de las audiencias públicas deberá poner atención a elementos de diseño que puedan llevar luz a los espacios informales: las fisuras de la regulación por las que se filtran arreglos políticos y consideraciones ajenas a las exigencias normativas del juez constitucional. Para esto, los trazos a nivel constitucional pueden resultar insuficientes, y la ingeniería constitucional se jugará en su concreción por normas subconstitucionales procedimentales.

VI. Conclusiones

La relevancia jurídico-política de la jurisdicción constitucional exige un diseño de selección de jueces y juezas constitucionales que atiendan a la realidad de los procesos de designación. Estos están marcados por consideraciones que no se declaran abiertamente en los procesos de designación, que operan en los márgenes de la regulación formal y que pueden conspirar contra la legitimidad de la justicia constitucional.

En este trabajo se ha propuesto que una forma de fortalecer los procesos de designación es la incorporación de las audiencias públicas de nombramientos, como una vía para aumentar el escrutinio público y la deliberación previa a la designación. Para que la institución cumpla con este objetivo, y resulte en el nombramiento de jueces constitucionales que se ajusten a las exigencias normativas de idoneidad técnica, independencia e imparcialidad, idoneidad y legitimidad democráticas, el procedimiento de las audiencias debe favorecer el intercambio de razones y entregar tiempo y espacios institucionales para la reflexión tanto de los órganos constitucionales que realizan en nombramiento como para la ciudadanía.

El aumento del escrutinio sobre el proceso completo no elimina la politicidad de la decisión, pero la transparencia de las consideraciones en la que se funda la elección de los jueces y juezas constitucionales fortalece su legitimidad.

Referencias

Abramovich, Víctor, "La apertura del debate constitucional. Nuevas vías de participación ante la Corte Suprema", *Pensar en Derecho*, núm. 3, 2013.

Astudillo, César, "El nombramiento de los ministros de la Suprema Corte de Justicia en México", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Von Bogdany, Armin, MoralesAntoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitucionale commune en América Latina?,* t. I., México, UNAM-Max Planck Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.

Baamonde Gómez, Laura, "Magistrado constitucional", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 23, 2022.

Bagni, Silvia y Nicolini, Matteo, *Justicia constitucional comparada,* trad. de Carla Aliandri Sanz y Adriana Trave Valls, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021.

Barroso, Luís, "La razón sin voto: la función representativa y mayoritaria de las cortes constitucionales", en Gargarella, Roberto y Niembro, Roberto (coords.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas,* México, IIJ-UNAM-IECEQ, 2016.

Bassa Mercado, Jaime, "El Tribunal Constitucional en la Constitución chilena vigente", en Bassa Mercado, Jaime, Ferrada Bórquez, Juan Carlos y Viera Álvarez, Christian (edits.), *La Constitución chilena*, Santiago, LOM, 2015.

Bello Hutt, Donald, "Deliberative, Republican, and egalitarian institutional alternatives for popular constitutionalism", *Revista Derecho del Estado*, núm. 48, 2021.

Busch Venthur, Tania, "Crisis del sistema de nombramientos en el Tribunal Constitucional", *Anuario de Derecho Público,* Universidad Diego Portales, 2023.

Busch Venthur, Tania, *El control del juez constitucional: control y responsabilidad en la jurisdicción constitucional,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, .

Carmona Contreras, Ana "Control parlamentario y designación de órganos constitucionales en España: teoría y práctica", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 113, 2022.

Carranza, Gonzalo Gabriel, "Constitucionalidad y oportunidad política en el nombramiento de los miembros de la Corte Suprema en Argentina. Especial alusión a la designación en comisión", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXII, 2016.

Carrington, Nathan y French, Colin, "Mechanisms, measurements, and manifestations in evaluating the effects of confirmation hearings on Supreme Court legitimacy", *Social Science Quarterly,* vol. 103, 2022.

Collins, Paul y Ringhand, Lori, "The institutionalization of Supreme Court confirmation hearings", *Law & Social Inquiry*, vol. 41, núm. 1, 2016.

Cuenca Miranda, Alfonso, "La intervención parlamentaria en la designación de cargos públicos", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 113, 2022.

Process of Law Foundation, *El proceso de selección de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de México: Recomendaciones desde el derecho internacional y comparado para seleccionar a los mejores,* 2015.

Elizondo Mayer-Serra, Carlos, y Magaloni, Ana "La forma es fondo: cómo se nombran y deciden los ministros de la Suprema Corte de Justicia", *Cuestiones constitucionales*, núm. 23, 2010.

Ferreres Comella, Víctor, *Una defensa del modelo europeo del control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

Frosini, Justin y Pegoraro, Lucio, "Constitutional courts in Latin America: a testing ground for new parameters of classification?", *Journal of Comparative Law,* núm. 3, 2013.

Gargarella, Roberto, "Why do we care about dialogue? 'Notwithstanding clause', 'meaningful engagement' and public hearings: a sympathetic but critical analysis", en Young, Katherine y Sen, Amartya (eds.), *The future of economic and social rights*, 2019, Cambridge, Cambridge University Press.

Gargarella, Roberto, *El derecho como una conversación entre iguales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2022.

Grupo de Estudio de reforma al Tribunal Constitucional, *Informe final. 25 propuestas para un Tribunal Constitucional del siglo XXI,* 2019.

Hernando Masdeu, Javier, *La selección de magistrados del Tribunal Constitucional,* Tesis doctoral, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, 2013.

Jerónimo Sánchez-Beato, Estefanía "La comisión consultiva de nombramientos del congreso de los diputados, algunas reflexiones a propósito de la resolución de la presidencia del

congreso de 25 de mayo de 2000", *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 11, 2001.

Kelemen, Katalin, "Appointment of constitutional judges in a comparative perspective – whit a proposal for a new model for hungary", *Acta Juridica Hungarica*, vol. 54, núm. 1, 2013.

Linares, Sebastián, *Democracia participativa epistémica*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

Montoya, Ana María, "Si no vas al Senado, no te eligen magistrado, Instituciones informales y criterios de selección de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana en el Senado (1992-2009)" *Colombia Internacional,* núm. 79, 2013.

Niembro Ortega, Roberto, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa,* Madrid, Marcial Pons, 2019.

Nogueira Alcalá, Humberto, "El estatuto de los jueces constitucionales en Chile", en Fix-Zamudio, Héctor y Astudillo, César (coords.), *Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa*, México, IIJ-UNAM, 2012.

Pauner Chulvi, Cristina, "Nuevas y viejas cuestiones en torno a la designación parlamentaria de cargos públicos", en Santaolalla López, Fernando y Pauner Chulvi, Cristina, *Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada,* Madrid, Dykinson, 2004.

Post, Robert y Siegel, Reva, "Questioning justice: law and politics in judicial confirmation hearings", *The Yale Law Journal,* vol. 115, 2006.

Pou Giménez, Francisca, "Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo", en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

Pou, Francisca, "Supreme and constitutional courts. Directions in constitutional justice", en Sieder, Rachel y Ansolabehere, Karina (coords.), *Routledge Handbook of Law and Society in Latin America*, Nueva York, Routledge, 2019.

Figueroa, Julio, "Institutions for constitutional justice in Latin America", en Helmke, Gretchen y Ríos-Figueroa, Julio, *Courts in Latin America,* Nueva York, Cambridge University Press, 2011.

Roa Roa, Jorge Ernesto, "La jurisdicción constitucional nos representa. La adjudicación estratégica y cooperativa en el constitucionalismo transformador", *Iuris Dictio,* núm. 30, 2022.

Rogowski, Jon y Stone, Andrew "How political contestation over judicial nominations polarizes americans attitudes toward the Supreme Court", British *Journal of Political Science,* vol. 51, núm. 3, 2021.

Saba, Roberto, "La elusiva frontera entre la justicia y la política", en Niembro, Roberto y Verdugo, Sergio (coords.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio,* Ciudad de México, SCJN-ICON-S, 2020.

Salem, Catalina, "Integración del Tribunal Constitucional: un análisis crítico al sistema de designación actual", *Derecho Público Iberoamericano*, núm. 11, 2017.

de Estudios, Biblioteca y Documentación del Tribunal Constitucional Español, "Modelos de renovación personal de los tribunales constitucionales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, núm. 61, 2001.

Silva Gallinato, María Pía, "Proposiciones para modificar la composición y algunas atribuciones del Tribunal Constitucional" en Maritano González, José (ed.), *Nueva Constitución y bien común,* Santiago, Centro Democracia y Comunidad-Konrad Adenauer Stiftung, 2015.

Steininger, Silvia, "Talks, dinners, and envelopes at nightfall: the politicization of informality at the bundesverfassungsgericht", *German Law Journal*, núm. 24, 2024.

Zúñiga Urbina, Francisco, "Tribunal Constitucional. Problemas de posición y legitimidad en una democracia constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 14, 2010.

Crítica a la democracia constitucional[1]

***

Criticizes constitutional democracy

Jaime Cárdenas Gracia[*]

Resumen: el ensayo estudia a la democracia constitucional, algunas de sus teorías, y señala porque es un concepto elitista que no permite la participación y deliberación de los ciudadanos respecto a los derechos humanos. La democracia constitucional es una categoría de la democracia que está en manos de los jueces constitucionales. Ellos dicen lo que pueden deliberar y lo que no pueden deliberar los ciudadanos. La democracia constitucional ha permitido que el poder judicial y/o las cortes constitucionales se sitúen por encima del resto de los poderes públicos vulnerando el principio de división de poderes.

Abstract: the essay studies constitutional democracy, some of its theories, and points out why it is an elitist concept that does not allow the participation and deliberation of citizens regarding human rights. Constitutional democracy is a category of democracy that is in the hands of constitutional judges. They

* Doctor en Derecho por la UNAM y por la Universidad Complutense de Madrid. Investigador titular "C" Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel III, *ORCID: 0000-0001-7566-2429*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, *jaicardenas@aol.com*

1 Este ensayo se publicó "in extenso" a finales de 2024 por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Cárdenas Gracia, Jaime, *La democracia constitucional y sus límites*, México, TEPJF, 52 páginas.

say what citizens can and cannot deliberate. Constitutional democracy has allowed the judiciary and/or constitutional courts to be placed above the rest of the public powers, violating the principle of division of powers.

Palabras clave: democracia constitucional, derechos humanos, jueces constitucionales.

Keywords: constitutional democracy, human rights, constitutional judges.

Sumario: I. Introducción. II. ¿Qué es la democracia constitucional? III. Problemas con la democracia constitucional. IV. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

La democracia constitucional es presupuesto de la justicia constitucional y del Estado constitucional, pero es un presupuesto endeble, poco democrático, y bastante elitista. Con la democracia constitucional hemos construido un modelo de Estado en donde los ciudadanos no toman las decisiones sobre sus derechos, sino que ese papel se ha conferido a los expertos, a juristas, que no tienen comunicación con las necesidades de amplísimos sectores de la población, dándoles el poder de decidir el alcance y profundidad de los derechos fundamentales.

Con ello, el poder judicial ha adquirido un enorme poder constitucional y político que lo sitúa por encima de los otros dos poderes. El principio de división de poderes hoy en México no se sostiene porque no existe paridad de rango y horizontalidad entre los poderes públicos. El poder está ladeado a favor del judicial que tiene la última palabra para definir el alcance, extensión y profundidad del Derecho. Las competencias que ha adquirido el poder judicial mediante la reforma constitucional de 1994 y la modificación constitucional de 10 de junio de 2011, rompen con el equilibrio entre los poderes, y hacen que el poder judicial, sobre todo después de 2018, se haya convertido de jure y de facto

en un instrumento político que socava al legislativo y al ejecutivo, lo que ha generado en los últimos tiempos en México un escenario de conflicto y tal vez en el futuro de crisis constitucional.

Estamos a tiempo de revisar los poderes de revisión constitucional para que la justicia constitucional tenga carácter democrático y esté cercana a los ciudadanos. Para ello se deben deconstruir, desde nuestro punto de vista, las variables de democracia constitucional que hemos edificado en las últimas décadas. Este ensayo tiene esa pretensión.

II. ¿Qué es la democracia constitucional?

En la democracia constitucional la regla de la mayoría de la democracia representativa se mantiene, pero ciertos temas o decisiones no se someten a la decisión de los ciudadanos porque se entiende que forman parte del ámbito de lo "no decidible", del "coto vedado", se trata de "cartas de triunfo" que no se someten al poder del voto de los ciudadanos, de los legisladores o del poder revisor de la Constitución de carácter legislativo. En sus versiones extremas de carácter teórico, en la democracia constitucional, se excluye a los derechos fundamentales de la deliberación y decisión ciudadana.

Es una forma distinta de entender la democracia. La democracia liberal representativa se concibió como competencia entre elites para alcanzar el poder mediante la regla de las mayorías —la concepción pluralista o poliárquica—. Para los teóricos de la democracia constitucional, esta no equivale al poder de la mayoría. La democracia es ante todo un arreglo institucional para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos.[2] No puede hablarse de democracia sin una protección fuerte, sustantiva, de los derechos —concepción material y no solo formal de la democracia—. Se señala que las mayorías ciudadanas y legislativas pueden violar derechos humanos de las minorías o de una persona. La democracia constitucional también nos previene en contra del concepto de soberanía, esta no es asimilable ni a las

[2] Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2010, p. 25.

mayorías ni a las unanimidades, tanto las mayorías como las unanimidades o las minorías son "fragmentos" de la soberanía. La soberanía se diluye, termina o concluye cuando se postula, es una idea regulativa, que propone una noción de salvaguarda de los derechos de todos. La democracia constitucional constituye y es sobre todo una limitación al poder de las mayorías.[3]

La concepción de democracia constitucional es un ideal complejo compuesto por dos ingredientes, uno relativo a la distribución del poder (quién y cómo decide) y otro concerniente a su limitación (qué no se puede decidir o dejar de decidir). El primero de los elementos lo podemos caracterizar como el derecho de todos los miembros del cuerpo político a participar en la toma de decisiones públicas, lo que implica que cada uno ha de disponer, directamente o por medio de sus representantes, del más amplio poder posible en cuanto a la determinación del resultado de esos procesos de decisión, exigencia que se satisface en parte con la regla de la mayoría. El segundo ingrediente es el del respeto de los derechos que garantizan la autonomía individual y los derechos sociales de las personas.[4] En caso de conflicto o tensión entre los dos ingredientes, la regla de la mayoría puede ser derrotada a favor de la vigencia y prevalencia de un derecho fundamental. El binomio no guarda equilibrio, se decanta a favor de los derechos por encima de la regla de la mayoría, aunque esta sea la vía para poder decidir.

Entre los autores representativos de esta corriente encontramos a Dworkin, Luigi Ferrajoli y Ernesto Garzón Valdés. La obra de Ronald Dworkin sostiene que los derechos fundamentales son triunfos sobre las mayorías legislativas que se encuentran sustraídos a la deliberación y decisión que utiliza la regla de la mayoría.[5] La teoría de Dworkin tiene, entre uno de sus fines,

---

3 Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE-IIJ-UNAM, 2006.

4 Bayón, Juan Carlos, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, (coords.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 285-355.

5 Dworkin, Ronald, *Derechos, libertades y jueces*, edición de Miguel Carbonell Sánchez, México, 2014.

criticar la tesis positivista de la discrecionalidad judicial. Para él, aún en los casos difíciles, solo cabe una respuesta correcta. ¿Por qué? Porque ante un caso difícil el juez consulta a la moral y a la filosofía política si el sistema jurídico de entrada no brinda la solución. Dworkin piensa que el derecho no solo se integra con las normas formalmente jurídicas, sino que son parte del Derecho también las normas morales y las teorías de la filosofía jurídica. Así, el juez interroga a estos vastos ordenamientos y a través de su racionalidad será capaz de encontrar los principios que mejor se adecuen al caso dentro de la tradición institucional de ese país y, que, desde el punto de vista ético, ofrezca la solución más justa. La coherencia de las resoluciones requiere de esquemas de prioridad entre los principios para los casos, pero esta se obtiene a través de razonamientos objetivos y racionales. En Dworkin la apelación a los principios morales para resolver los casos no es fuente de discrecionalidad, sino un fundamento de unidad, pues siempre es posible racionalmente, encontrar el principio moral adecuado al caso concreto si se tiene considerada la justeza de la decisión. El Derecho en la concepción de Dworkin depende fuertemente de la moralidad que forma parte de lo jurídico.[6]

La definición de los derechos, su alcance y profundidad, en Dworkin corresponde al juez, que es el que tiene la capacidad de encontrar la solución correcta aún en los casos más difíciles. El legislador, dada la tradición anglosajona, no es un actor fundamental en el sistema jurídico. No tiene la última palabra para definir en su extensión y profundidad a los derechos, exclusivamente emite normas generales y abstractas, que tendrán que ser concretadas histórica y culturalmente por el juez.

En Ferrajoli los derechos tutelan a los más débiles —que supone Ferrajoli que son los más desaventajados, oprimidos y excluidos de la sociedad, lo que no siempre es así— contra la ley del más fuerte, y en ese sentido, ninguna mayoría o incluso unanimidad puede decidir su reducción o derogación —la democracia como regla de la mayoría no tiene cabida en el ámbito de los derechos porque estos ya fueron reconocidos por el poder consti-

[6] Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988, p. 193.

tuyente—.[7] Este autor expone que: "Ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (o consentir que se decida) que un hombre muera o sea privado sin culpa de su libertad, que piensa o escriba, o no piense o escriba, de determinada manera, que no se reúna o no se asocie con otros, que se case o no se case con cierta persona o permanezca indisolublemente ligado a ella, que tenga o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo u otras cosas por el estilo. La garantía de estos derechos vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica. Por ello, su lesión por parte del Estado justifica no simplemente la crítica o el disenso, como para las cuestiones no vitales en las que vale la regla de la mayoría, sino la resistencia a la opresión hasta la guerra civil".[8]

Ferrajoli sostiene que la democracia implica necesariamente al Derecho.[9] Dice este autor que puede haber derecho sin democracia, pero no puede haber democracia sin Derecho, ya que la democracia es un conjunto de reglas sobre el válido ejercicio del poder, tanto las reglas que confieren poderes de autodeterminación individual y colectiva, y reglas que imponen límites y vínculos a esos mismos poderes para impedir su degeneración en formas despóticas y garantizar su ejercicio en tutela de los intereses de todos. Para que una decisión sea válida no debe violar los principios y los derechos fundamentales precisamente estipulados en las constituciones como límites y vínculos a las dinámicas del mercado en el mundo de los negocios y a los posibles abusos de la mayoría en el ámbito de la política. La democracia es por un lado el Gobierno conducido por la mayoría, pero también el Gobierno en donde la mayoría no interviene, precisamente en el ámbito de los derechos fundamentales.

---

7 Ferrajoli dice que: "Podemos concebir el constitucionalismo como un sistema de vínculos sustanciales, o sea prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo", Ferrajoli, Luigi, *Derechos fundamentales y democracia*, Miguel Carbonell y Sánchez, Miguel, México, 2014, p. 1.

8 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2009, p. 859.

9 Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, vol. 2, 2011, pp. 17 y 18.

Ernesto Garzón Valdés señala que la autonomía de las personas debe quedar fuera de las deliberaciones parlamentarias y son indisponibles para las mayorías legislativas, a lo que denomina el coto vedado, que se encuentra integrado con los derechos fundamentales y, que, constituye un límite para las mayorías ciudadanas o legislativas.[10] Ese coto vedado está integrado por los bienes básicos o necesidades fundamentales como comer, tener una vivienda, saber leer y escribir, etcétera, y también por bienes que forman parte de los derechos humanos de la segunda y tercera generación que también forman parte del coto vedado. Sobre estos últimos derechos —segunda y tercera generación— las mayorías legislativas o ciudadanas tendrían que demostrar que esos derechos no responden a las necesidades básicas del ser humano para que pudieran reducirlos o limitarlos. Garzón Valdés estima que en la democracia constitucional se debe rechazar tajantemente la dictadura de la mayoría que limite o afecte el coto vedado sin justificación y prueba alguna.[11] Para comprender la democracia constitucional es útil entenderla desde el post positivismo jurídico. Entre los autores de esta corriente podemos mencionar, además de Dworkin, Ferrajoli o Garzón, advirtiendo de los matices y diferencias que existen entre ellos, a Peter Häberle, Ernst Wolfgang Böckenförde, Robert Alexy —sostiene que no se puede dejar en manos de la mayoría la garantía y protección de los derechos humanos—,[12] Gustavo Zagrebelsky, Luis Priero Sanchís, Manuel Atienza, Carlos Santiago Nino, entre otros muchos.[13]

III. Problemas con la democracia constitucional

La democracia constitucional plantea distintos problemas. Expongo algunos de ellos: el desdén por la soberanía popular;

[10] Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

[11] Garzón Valdés, Ernesto, "Algo más acerca del coto vedado", *Revista Doxa*, núm. 6, Alicante, pp. 209-213.

[12] Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 412.

[13] Carbonell, Miguel, (coord.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003; Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, (coords.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010.

la reducción del margen democrático en las decisiones públicas; un componente elitista indudable; el desarrollo de un derecho judicial superior al originado en otras fuentes formales del Derecho como la ley; el fin del principio de presunción de constitucionalidad a favor del legislador; no haber desarrollado una propuesta de reforma a la parte orgánica de la Constitución para darle funcionalidad y legitimidad a la democracia constitucional; un derecho supranacional de los derechos humanos —tratados y cortes supranacionales en materia de derechos humanos— que no tiene fundamentos en una fuerte legitimidad democrática de origen; y, el vaciamiento de la regla de la mayoría.

El desdén por la soberanía popular implica que la democracia constitucional no ve con buenos ojos a las mayorías legislativas ni a las ciudadanas, tal como Alexander Hamilton ya lo había señalado en el siglo XVIII. Dicen los teóricos de la democracia constitucional que las mayorías legislativas y ciudadanas no constituyen la soberanía popular son un fragmento y una parte de ella, además esas mayorías pueden ser muy peligrosas porque suelen avasallar a las minorías y a los individuos, los derechos fundamentales de los individuos y de las minorías pueden hacerse nugatorios a consecuencia de las mayorías, y principios como el de autodeterminación quedar diluidos en su totalidad.

La soberanía que fue inicialmente concebida por Bodin residía en el monarca, con Rousseau en el pueblo, con Kant en la ley, con Kelsen el ordenamiento jurídico, con los positivistas institucionalistas como León Duguit, Maurice Hauriou, R. Carré de Malberg y Santi Romano en quién ejerciera el poder, en quién en los hechos decidiera y determinara lo que debe hacerse desde el Estado. En el constitucionalismo mexicano, que sigue en buena medida la tradición kelseniana y el influjo del artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, entiende que la soberanía se expresa a través de la ley —el sistema jurídico—, principalmente por medio del principio de supremacía constitucional y, ahora se sostiene desde la democracia constitucional que, también a través del bloque de constitucionalidad y convencionalidad.

No obstante, el principio de soberanía popular no puede subsumirse exclusivamente en el ordenamiento jurídico y obviar el

carácter sociológico, histórico, político y cultural de esta: la soberanía reside esencial y originariamente en el pueblo, que es quién debe decidir el destino de la nación —la sociedad organizada políticamente—. El objetivo de la soberanía popular es el beneficio del pueblo y por eso el pueblo tiene la prerrogativa exclusiva de decidir cómo se organiza a la nación y al Estado, por lo que la voluntad popular no debe quedar excluida de los espacios de decisión más importantes como son los que tienen que ver con los derechos humanos. Además, el pueblo tiene en todo tiempo y para su conveniencia el derecho inalienable e imprescriptible de modificar las formas de organización política que se haya dado.

El coto vedado es una noción ajena al principio de soberanía porque materias fundamentales para las personas escapan a su entendimiento, querer y decisión.[14] La democracia constitucional considera a las mayorías como un riesgo grave y les imputa ser las principales responsables de la vulneración de los derechos fundamentales. Prefiere esta democracia entregar la determinación sobre el alcance y la profundidad de los derechos, así como su tutela a los tribunales constitucionales, los que no tienen vínculos democráticos con las mayorías sociales, antes de reconocer espacios de decisión a las personas. Tanto las personas como las mayorías están excluidas de la definición acerca de los límites y profundidad de los derechos, son cuerpos elitistas de magistrados los que están dotados de esos poderes.

Lo anterior rompe con la Constitución, pues su norma más importante —el artículo 39— reconoce el principio de la soberanía, de ese principio se desprende todo el contenido constitucional, convencional, legal en el que nos organizamos política y jurídicamente como sociedad. La nación soberana es nuestra comunidad plural y diversa que histórica y culturalmente ha asumido su diferenciación respecto de otras naciones. Más allá de la polémica entre los que sostienen el carácter histórico realista de la nación y los que la ven como una construcción histórica y política, lo importante es que esta nación organizada políticamente tiene el poder de crear originariamente el ordenamiento jurídico,

[14] Gargarella, Roberto y Niembro Ortega, Roberto, *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*, México, IIJ-UNAM, 2016.

es decir, la facultad de convocar a una Asamblea Constituyente que apruebe la Constitución y también cuenta con el poder inalienable e imprescriptible de sustituir y cambiar esa Constitución y definir todos los ámbitos relacionados con las personas y la sociedad, entre ellos, el ámbito de los derechos.

El poder soberano de la nación reside en el pueblo, que expresa la pluralidad de personas y de los distintos grupos sociales que tienen conciencia de una identidad política común y que han decidido materializar esa conciencia en un Estado independiente, pudiendo ese pueblo —tiene el derecho inalienable e imprescriptible— de transformar el orden jurídico y las formas de gobierno. ¿Qué ocurre con la soberanía en la democracia constitucional?

Existe en consecuencia una reducción del margen democrático en las decisiones públicas concernientes a los derechos fundamentales, lo que agrava aún más la crisis de la democracia representativa. Si esta —la representativa— nunca ha sido una democracia vigorosa porque desde los debates del Federalista y de la Convención Constitucional de los Estados Unidos en el siglo XVIII se consideró que las mayorías no están capacitadas, por sí solas, para tomar decisiones adecuadas en materias de interés público,[15] hoy en día, se desconfía aún más, pues las mayorías no pueden tocar el ámbito de los derechos fundamentales y otros —seguridad, energía, inversiones internacionales— que son esencialmente no susceptibles de decisión por parte de las mayorías. Las instancias que garantizan y protegen los derechos fundamentales en última instancia son tribunales constitucionales nacionales y supranacionales, los que señalan el alcance de los derechos, su profundidad y los mecanismos para hacerlos posibles.

En la democracia constitucional no se impulsan otras modalidades de democracia como son la democracia participativa, la deliberativa o la comunitaria. Se prefiere una democracia electoral representativa de baja intensidad, en donde lo importante —los tratados de libre comercio, de inversión, militares, de seguridad o de derechos humanos— no sean votados ni decididos de ninguna manera por los ciudadanos. De manera deliberada se

[15] Gargarella, Roberto, *Crisis de la representación política*, México, Fontamara, 2014, p. 29.

busca que los ciudadanos queden alejados de las decisiones que implican aprobar o rechazar las reformas de la globalización.

La democracia representativa electoral es, como ha sido históricamente desde el siglo XVIII, una democracia para renovar élites, para decidir cuáles de esas élites debe gobernar. Fue y es, como señaló Schumpeter,[16] un mero mecanismo para la selección de élites o, como dijo Popper,[17] un procedimiento de destitución de gobernantes. La democracia en esta concepción formal y minimalista se concreta y concluye en lo electoral, sin que importe mucho la calidad de las reglas e instituciones o el nivel de participación y deliberación de los asuntos públicos. Se trata de una mistificación que paralizó el sentido de la democracia en el tiempo.[18] La democracia pone fin a la historia si es solo una cuestión de reglas y procedimientos para saber quién gobierna y cómo gobernará.

Los principios de elecciones libres, auténticas y periódicas, aunque se satisfagan no son suficientes[19] porque la ciudadanía no tiene solo una dimensión política sino una social y económica, que mira o debe mirar por el bienestar de las personas y, que procura reforzar la civilidad y potenciar las redes del beneficio social. No podemos ver a las personas como individuos aislados y atomizados,[20] la ciudadanía tiene también una dimensión económica, es decir, los ciudadanos, deben con sus conciudadanos, decidir qué se produce, cómo y para qué —la democracia económica a la que nunca hemos llegado—. Además, la democracia tiene que ver con los resultados de las decisiones colectivas, estos

16 Schumpeter, *Joseph, Capitalism, socialism and democracy*, Nueva York, Harper, 1962, p. 219 y ss.

17 Popper, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2010.

18 Vega, Pedro de, "La democracia como proceso. (Algunas consideraciones desde el presente del republicanismo de Maquiavelo)", en Guerra, Alfonso y Tezanos, José Félix (eds.), *Alternativas para el siglo XXI. I Encuentro Salamanca*, Madrid, Editorial Sistema, 2003, p. 465.

19 Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 459-460.

20 Cortina, Adela, "Claves para un desarrollo de la democracia" en Guerra, Alfonso y Tezanos, José Félix (eds.), *op. cit.*, p. 418.

deben beneficiar también a las mayorías de cada sociedad. ¿Qué sentido tiene que elija la mayoría si los resultados de las decisiones colectivas benefician solo al 1% de una minoría?

Si la democracia representativa era elitista, la democracia constitucional lo es aún más, porque excluye más espacios de decisión a los ciudadanos y los confiere a elites institucionales que los definen y establecen su alcance.[21] ¿Puede decidir una élite nacional o transnacional, sin escuchar a los sectores involucrados, sin dar la debida participación en las decisiones a los que sean ciudadanos más allá de los momentos electorales, sin la deliberación y transparencia necesaria? Así ocurre y ha ocurrido. Nosotros consideramos que no todos los procedimientos importan o valen lo mismo, hay de procedimientos a procedimientos. Algunos son más abiertos, son más transparentes o, más deliberativos y participativos,[22] que otros. No es lo mismo, por ejemplo, contar con procedimientos que promuevan la oligarquización en los partidos, que otros que atiendan la democracia interna en ellos; no es lo mismo que la democracia sea electoral o, que siéndolo, también promueva instrumentos directos, participativos, deliberativos, y comunitarios o indígenas; y, no todos los modelos de división de poderes, de forma de gobierno o de Estado Federal, son iguales y dan lo mismo, en términos del nivel y calidad de la democracia.

La democracia además de política debe ser social y económica. La propiedad, el contrato, las formas establecidas de desigualdad social, el matrimonio, la familia, etcétera, se expresaron como un ámbito diferenciado del sistema político. Han sido instituciones que se aceptan acríticamente. Las relaciones sociales y económicas no se han democratizado. No se promovieron sociedades más comunitarias, de respaldo y apoyo mutuo entre sus miembros, sino que se ahondó el individualismo y el particularismo.[23] La democracia constitucional no ha promovido, hasta la fecha, la democracia económica o la social.

---

21 Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, México, Siglo XXI, 2018.

22 Díaz, Elías, "La universalización de la democracia", en Guerra, Alfonso y Tezanos, José Félix (eds.), *op. cit.,* pp. 439-459.

23 Luhmann, Niklas, *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Madrid, Alianza editorial, 1981.

En la democracia constitucional se ha desarrollado un derecho judicial superior al originado en otras fuentes formales del Derecho como la ley. Dice Bernd Rüthers, refiriéndose al caso alemán que, el derecho del Tribunal Constitucional de ese país se ha convertido en la norma suprema de derecho, y que la realidad jurídica alemana es semejante a la de los Estados Unidos, en donde el derecho son las profecías acerca de lo que los tribunales harán, y por eso, el derecho constitucional vigente en esa nación es lo que el Tribunal Constitucional decide y no lo que se plasmó en el texto de la ley fundamental de Bonn de 1949.[24]

Estamos en presencia —con la democracia constitucional— en los principales sistemas jurídicos del mundo, anglosajones y continentales, del derecho de los jueces. Los tribunales supremos o constitucionales se encargan de perfeccionar y transformar el derecho constitucional sin tener que pasar por los procedimientos de reforma constitucional o por los procedimientos de referéndum popular. El derecho de los jueces vulnera los principios democráticos y el principio de división de poderes porque el derecho ya no surge de la sociedad misma, de la voluntad popular materializada en los procedimientos democráticos, y porque los tribunales constitucionales sustituyen y suplantan al legislador democrático en la tarea de creación normativa. La Constitución es y dice no lo que el pueblo quiere, o lo que el poder revisor de la Constitución o el legislador democrático decide, sino lo que los jueces determinan, la Constitución es lo que los jueces dicen que es. El Estado de la ley se ha transformado en el Estado judicial.

IV. Conclusiones

En México, sería importante que se creara un Tribunal Constitucional al margen del poder judicial; que el Consejo de la Judicatura se independizara del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como ya ha ocurrido con la reciente reforma judicial; que los tratados sobre derechos humanos se aprobaran

[24] Rüthers, Bernd, *La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 56 y 57.

mediante referéndum; que los representantes que México proponga ante los organismos supranacionales de derechos humanos sean electos y rindan cuentas a la ciudadanía; que los titulares del Tribunal constitucional, y en general los jueces sean electos por los ciudadanos y puedan ser revocados en su mandato;[25] que se incorpore al derecho mexicano de manera obligatoria la figura de *amicus curiae*; y, que cualquier ciudadano pueda impugnar la inconstitucionalidad de una ley, entre otras modificaciones constitucionales y legales.

Las anteriores reformas son necesarias para democratizar el aparato judicial y constitucional mexicano que está al margen de la participación y deliberación democrática como si el Derecho fuese una cuestión exclusivamente de expertos —los juristas— y no de los ciudadanos. Es por tanto necesario deselitizar el Derecho y al poder judicial para que el Derecho sea parte de la cultura común, al alcance de cualquier ciudadano.

La democracia constitucional ha contribuido a sofocar la democracia participativa y comunitaria, y a pensar el Derecho en claves elitistas. Si la democracia representativa tradicional era de unos cuantos, la democracia constitucional está en manos de élites burocráticas judiciales nacionales y supranacionales que actúan por encima de la voluntad popular, construyen un Derecho para los grupos privilegiados de la sociedad —ellos sostienen que es a favor de las minorías y en algunos temas como los de género o los pueblos originarios puede existir justificación—, y jamás ponen en duda el núcleo que constituye el fundamento de la dominación capitalista neoliberal, me refiero a la propiedad privada, a la que de manera apriorística se considera un derecho fundamental que no es susceptible de deliberación, así no se puede poner a discusión la propiedad mínima que cada quién debe poseer o la propiedad máxima que a cada quién podría corresponder, lo que entre otras cosas, explica la introducción del concepto "coto vedado" que es un concepto que sirve para justificar los privilegios de los más aventajados en una sociedad.

[25] Tushnet, Mark, *Constitucionalismo y judicial review*, Perú, Palestra, 2013.

Referencias

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Bayón, Juan Carlos, "Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (coords.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010.

Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003.

Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s),* Madrid, Trotta, 2003.

Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (coords.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010.

Cárdenas Gracia, Jaime, *La democracia constitucional y sus límites*, México, TEPJF, 2024.

Cortina, Adela, "Claves para un desarrollo de la democracia" en Guerra, Alfonso y Tezanos, José Félix (eds.), *Alternativas para el siglo XXI. I Encuentro Salamanca*, Madrid, Editorial Sistema, 2003.

Vega, Pedro de, "La democracia como proceso. (Algunas consideraciones desde el presente del republicanismo de Maquiavelo)", en Guerra, Alfonso y Tezanos, José Félix (eds.), *Alternativas para el siglo XXI. I Encuentro Salamanca*, Madrid, Editorial Sistema, 2003.

Díaz, Elías, "La universalización de la democracia", en Guerra, Alfonso y Tezanos, José Félix (eds.), *Alternativas para el siglo XXI. I Encuentro Salamanca*, Madrid, Editorial Sistema, 2003.

Dworkin, Ronald, *Derechos, libertades y jueces*, edición de Miguel Carbonell Sánchez, México, 2014.

Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2009.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos fundamentales y democracia*, Miguel Carbonell y Sánchez, Miguel, México, 2014.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2010.

Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, vol. 2, 2011.

Gargarella, Roberto y Niembro Ortega, Roberto, *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*, México, IIJ-UNAM, 2016.

Gargarella, Roberto, *Crisis de la representación política*, México, Fontamara, 2014.

Garzón Valdés, Ernesto, "Algo más acerca del coto vedado", Alicante-España, *Revista Doxa*, número 6, 2001.

Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Harvey, David, *Breve historia del neoliberalismo*, Madrid, Akal, 2007.

Luhmann, Niklas, *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Madrid, Alianza editorial, 1981.

Popper, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2010.

Rüthers, Bernd, *La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método*, Madrid, Marcial Pons, 2020.

Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE-IIJ-UNAM, 2006.

Schumpeter, *Joseph, Capitalism, socialism and democracy*, Nueva York, Harper, 1962.

Tushnet, Mark, *Constitucionalismo y judicial review*, Perú, Palestra, 2013.

Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, México, Siglo XXI, 2018.

La jurisdicción constitucional y la protección de la democracia

***

Constitutional jurisdiction and the protection of democracy

Jesús María Casal

Sumario: I. Introducción. II. Posibles causas explicativas del papel institucional de la jurisdicción constitucional en favor de la democracia. III. Reflexión final. Referencias.

I. Introducción

La justicia constitucional tiene un papel esencial que cumplir en la defensa de la democracia. Los tribunales constitucionales, en términos funcionales no meramente orgánicos, han avanzado en su marcha triunfal después de la Segunda Guerra Mundial como instituciones capaces de preservar equilibrios políticos y de garantizar derechos humanos, todo lo cual es fundamental para el desarrollo de la democracia. La experiencia de la denominada primera y segunda generación de tribunales constitucionales europeos demuestra lo mucho que la jurisdicción constitucional puede hacer para favorecer la consolidación de la democracia tras procesos de transición desde sistemas autoritarios. De allí que, en la tercera generación de estos órganos, vinculada a la democratización de países de Europa Central y Oriental ocurrida a raíz de la caída de regímenes comunistas, la adopción de tribuna-

les constitucionales fuera una respuesta generalizada, al haberse erigido en instrumentos y símbolos del resguardo del Estado de Derecho y de la democracia constitucional. También en el caso estadounidense se ha constatado la contribución de esta jurisdicción al funcionamiento del sistema democrático y en América Latina la Sala Constitucional costarricense, la Corte Constitucional colombiana y la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana son ejemplos de una justicia constitucional que, sin perjuicio de los altibajos que se hayan producido en su actuación, ha ofrecido aportes al fortalecimiento democrático.[1]

Cuando aquí se alude a una asociación funcional positiva entre jurisdicción constitucional y democracia se parte de un concepto de democracia que comprende el acceso al poder mediante elecciones libres y justas; el pluralismo político y los derechos fundamentales correlativos y la división o separación de poderes (*checks and balances*), incluyendo la garantía de la independencia judicial; y cuando se habla de una contribución a la democracia se asume que aquella existe no solo cuando dicha jurisdicción interviene para salvar a ese sistema frente a una amenaza de derribamiento o colapso o cuando la protege de manera directa y global, sino también cuando la actividad jurisdiccional e interpretativa de los tribunales constitucionales ayuda en cierta medida a preservar algún elemento primordial de la democracia.

La jurisdicción constitucional no ha actuado siempre en defensa de la democracia. En un mismo país pueden distinguirse periodos de mayor o menor compromiso e impacto positivo de esa jurisdicción respecto de la democracia. Más aún, a veces los tribunales constitucionales se convierten en mecanismos del

[1] Véase Staton, Jeffrey *et al*., "Can Courts be bulwarks of democracy? Judges and the politics of prudence (comparative constitutional law and policy)", Cambridge, Cambridge University Press, 2022; Ahumada Ruiz, M., *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*. Navarra, Aranzadi, 2005; Bogdandy, A. von *et al*., *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune,* vol. I., Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2019; Helmke, G. y Ríos-Figueroa, J. (coords.), *Tribunales Constitucionales en América Latina*, México, SCJN, 2010.

abuso de poder promovido desde las más altas esferas de Gobierno. La instrumentalización de tales tribunales se ha extendido en los últimos lustros y ha sido objeto de estudio con una perspectiva comparativa.[2] La Sala Constitucional venezolana es uno de los órganos que se ha destacado por su protagonismo autoritario. Sin embargo, este servilismo activo de algunos tribunales o salas constitucionales no desvirtúa conceptualmente la función institucional que les corresponde en una democracia.

Es amplia la literatura sobre el rol que puede desempeñar la jurisdicción constitucional para amparar principios democráticos. Mi interés no es examinar en este trabajo las distintas posiciones sostenidas y los hallazgos que han sido alcanzados en relación con esa temática. Solo se pretende atender al interrogante relativo a los factores que pueden favorecer un papel más activo o influyente de la jurisdicción constitucional en el cumplimiento de una función de protección de la democracia. No con el afán de abarcarlos todos sino de destacar algunos de ellos, teniendo en cuenta estudios previos sobre la materia. El trasfondo de esta cuestión es la tendencia creciente a la instauración de regímenes populistas que, apalancados por la legitimidad electoral, ocupan la institucionalidad democrática y la socavan desde adentro, siendo a veces la jurisdicción constitucional un instrumento relevante de esta erosión o desmantelamiento de la democracia. La pregunta específica que se plantea es la siguiente: ¿Cuáles son algunas causas explicativas del papel institucional que puede desempeñar una jurisdicción constitucional en favor del desenvolvimiento democrático? La respuesta que se obtenga coadyuvará a identificar medios que permitan reforzar la aptitud de esta jurisdicción para proteger la democracia. Algunas investigaciones sobre las razones en virtud de las cuales tribunales constitucionales intervienen en controversias de carácter político serán de utilidad para esta indagación.

[2] Landau, D. y Dixon, R., "Abusive judicial review: courts against democracy", *UC Davis Law Review,* núm. 53, 2020, pp. 1313 y ss.

II. Posibles causas explicativas del papel institucional de la jurisdicción constitucional en favor de la democracia

La doctrina constitucional ha estudiado desde distintos ángulos los factores que pueden explicar el comportamiento judicial, en especial en las altas cortes. No es objeto de este texto abordar específicamente este asunto, pero sí se intentará indagar en algunas de las posibles causas explicativas de la orientación más o menos garantista de una jurisdicción constitucional desde la óptica arriba indicada.

Ginsburg ha afirmado que: "al examinar el rol de una alta corte en particular, debemos tener en cuenta el ambiente institucional, la socialización y actitudes de los jueces y las respuestas de otros actores al poder judicial en el sistema político".[3] En esta frase lacónica subyace un universo de temas y problemas de índole teórica y empírica que han sido tratados por la Ciencia Política y el Derecho Constitucional, en cada una de las tres dimensiones apuntadas. El ambiente institucional es el marco político-institucional en que los jueces ejercen sus funciones, que comprende la distribución del poder público, la selección y periodo o estabilidad de los jueces constitucionales, sus competencias y los procesos por medio de los cuales adoptan decisiones. La socialización y actitudes de los jueces penetra en el fuero interno del operador judicial, en la cultura general y jurídica, en los valores sociales y de grupo dominantes, en las preferencias ideológicas y en la conciencia del juez. Y las respuestas de los otros actores del sistema están muy presentes en los estudios de corte estratégico, que ponen énfasis en numerosos condicionamientos que pesan en la actuación judicial, relacionados con el riesgo de purgas en el poder judicial u otras formas de retaliación o reacción que afecten la permanencia, atribuciones o capacidad de trabajo de los jueces.

Pareciera que estas dimensiones agotan el análisis de las causas explicativas del rol institucional, pero la variedad de factores confluyentes y de aproximaciones al asunto es de gran comple-

[3] Ginsburg, Tom, "Introduction", en Castagnola y López Noriega, S., *Judicial politics in Mexico. The Supreme Court and the transition to democracy,* Nueva York, Routledge, 2017, pp. 2 y 3.

jidad. Así, Kapiszewski pone de relieve que el rol eventualmente político de las altas cortes está moldeado también por los casos que recibe, los cuales a su vez vienen determinados por la estructura constitucional de oportunidades y por la estructura sociopolítica de incentivos.[4] Mediante estas u otras categorías se ha destacado la importancia de las reglas de acceso a la jurisdicción y del entramado legal de apoyo, que pueden facilitar el planteamiento de reclamos ante las altas cortes. En otras palabras, la perspectiva de la demanda cobra significación en el examen del papel institucional de una jurisdicción constitucional, y detrás de aquella se encuentran la realidad y las necesidades sociales y políticas en que esta jurisdicción se inserta. Asimismo, el respaldo de la opinión pública y de actores sociales, al igual que la autoridad ganada por los tribunales constitucionales, son determinantes al momento de evaluar su actividad.

Se ha subrayado que los jueces no siempre reaccionan positivamente ante demandas que supongan involucrarse en el desarrollo de líneas jurisprudenciales de impacto político-institucional. El que lo hagan depende de las características del texto constitucional y de los precedentes; la filosofía política y judicial de los jueces; la determinación y capacidad del régimen político para bloquear desafíos provenientes de las altas cortes; las posibilidades de que la corte reciba apoyo de aliados poderosos; y la fortaleza de las tradiciones de respeto al Estado de derecho y la independencia y creatividad judicial.[5] Esto nos reconduce a las tres dimensiones antes mencionadas, con los elementos complementarios indicados, y ahora se añade la alusión a la textura de la Constitución, el alcance de los precedentes y el peso de la tradición jurídica.

Por otra parte, la teoría de base sociológica sobre los roles institucionales, que ha sido aplicada a la actuación de los tribunales constitucionales, ofrece también luces para la comprensión del papel que estos asumen en el sistema político-constitucional.

---

4 Kapiszewski, D., "¿Árbitro de conflictos, creador de políticas públicas o protector de derechos? El Supremo Tribunal Federal de Brasil en Transición", en Helmke, G. y Ríos-Figueroa, J. (coords.), *op. cit.*, p. 274.

5 Kapiszewski, D. *et al.*, *Consequential courts. Judicial roles in global perspective,* Nueva York, Cambridge University Press, 2013, p. 5.

Según este desarrollo doctrinal,[6] al perfilarse y concebirse como guardianes, árbitros o fundadores tales tribunales responden en forma distinta a las demandas sociales y políticas. Son variados los factores que alimentan uno u otro de estos roles y muchos de ellos pueden seguramente incluirse dentro de las dimensiones señaladas por Ginsburg, con los aspectos complementarios señalados. Pero la teoría de los roles permite captar la relevancia de las expectativas sociales relativas a la función que los jueces constitucionales deberían cumplir en un contexto determinado, así como de la autocomprensión de los jueces sobre su misión institucional, sobre el papel que deben no solo desempeñar sino también representar.

Una tesis bastante difundida apunta, por otro lado, a los poderes de los jueces, que presuponen su independencia, los cuales serían una causa principal explicativa de su influencia en lo político-institucional.[7] La independencia es indudablemente una condición para que la judicatura pueda incidir con peso propio en la dinámica del sistema político-constitucional. En ausencia de ella, el impacto de las decisiones de la jurisdicción constitucional en el orden político-social estará fuera del marco del Estado constitucional y democrático de derecho y se ubicará en otro tipo de régimen. La experiencia venezolana ilustra bien estas situaciones en las que, sin independencia judicial, una Sala Constitucional puede ser un protagonista muy destacado del sistema, que actúa con gran efectividad en el desmantelamiento de la institucionalidad democrática. El rol que en este sentido ha jugado ha sido objeto de estudio.[8]

---

6 Boulanger, C., *Role theory, democratization and comparative constitutionalism: constitutional courts as "guardians", "umpires" and "founders",* Ponencia presentada ante la Reunión Anual de la Asociación Derecho y Sociedad, 2015*;* Boulanger, C., *Hüten, richten, gründen: rollen der verfassungsgerichte in der demokratisierung Deutschlands und Ungarns,* Berlín, epubli, 2013.

7 Ríos-Figueroa, J. "Instituciones para la justicia constitucional en América Latina", en Helmke, G. y Ríos-Figueroa, J. (coords.), *op. cit*., pp. 47 y ss.

8 Casal, J.M., "The constitutional chamber and the erosion of democracy in Venezuela*", Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht/ Heidelberg Journal of International Law,* vol. 80, 2020, pp. 913-971.

Al mismo tiempo, es posible adoptar soluciones normativas que garanticen en mayor medida la independencia judicial y se sostiene que gracias a ellas se tendería a una mayor participación de los jueces constitucionales en asuntos de significación política general, sobre todo si hay amplitud en los cauces u oportunidades de acceso de los justiciables a la jurisdicción y en los poderes procesales con que cuenten para controlar la constitucionalidad de la ley y proteger los derechos. Esta dimensión del asunto es importante, aunque conviene no perder de vista aspectos de fondo que motivan el comportamiento judicial. Se ha demostrado que la independencia formal no basta para que los jueces salgan de los asuntos legales tradicionales de los que conocen y de la manera retraída de relacionarse con el entorno político-institucional.[9] La independencia judicial es necesaria mas no suficiente para explicar el compromiso de una jurisdicción constitucional con la consolidación de la democracia.

Además, la magnitud de las competencias otorgadas a una jurisdicción constitucional no es un factor cabalmente explicativo de su rol político-institucional. A veces es la identificación de un tribunal constitucional con una misión institucional lo que determina interpretaciones expansivas de sus atribuciones: la amplitud competencial puede ser más una consecuencia que una causa de su papel institucional. También es verdad, por otro lado, que una jurisdicción constitucional puede preferir avanzar moderadamente en materia competencial sin que ello implique abandonar su influencia en temas trascendentales del sistema.[10] En todo caso, esta es otra de las aproximaciones que se tendrán en consideración al examinar a continuación algunos posibles factores que contribuyen a definir el rol institucional de los tribunales constitucionales. Es preciso tener en cuenta causas diversas de índole política y jurídico-institucional para entender el rol des-

---

9 Couso, J. y Hilbink, l., "Del quietismo al activismo incipiente: las raíces institucionales e ideológicas de la defensa de los derechos en Chile", en Helmke, G. y Ríos-Figueroa, J. (coords.), *op. cit*., pp.174 y ss.

10 Respecto de la Corte Constitucional italiana ver Bogdandy, A. von y Paris, D., *Power is perfected in weakness: on the authority of the Italian Constitutional Court,* en Barsotti, P.G. *et al.* (eds.), *Dialogues on Italian constitutional justice. A comparative perspective,* Nueva York-Turin, Routledge-Giappichelli, 2020, pp. 263-280.

empeñado por un tribunal constitucional. No se analizará en este trabajo el entorno económico-social y su probable repercusión sobre el desempeño institucional y el papel de las cortes.

2.1. La independencia y los poderes del tribunal constitucional

Sin independencia judicial no puede haber una jurisdicción constitucional de la libertad y de la democracia o, mejor dicho, no puede haber una auténtica jurisdicción constitucional. De allí la significación de las reglas sobre los procedimientos de selección de los magistrados constitucionales, los requisitos que deben reunir y las garantías de la independencia judicial externa e interna. Pero las cautelas normativas no son suficientes para salvaguardar dicha independencia. Como se apuntó, no basta la independencia formal para que la jurisdicción constitucional cumpla funciones relevantes en el sistema político. Los estudios referidos al poder judicial chileno demuestran que, pese a una tradición prolongada de independencia judicial, en ese país esta ha sido asumida a menudo como ensimismamiento o encerramiento de la judicatura en litigios privados y en el soslayamiento de conflictos de interés público o político.[11]

Adicionalmente, la distinción entre independencia judicial *de jure* y *de facto* es relevante a los efectos de medir la independencia de una jurisdicción constitucional.[12] Es conveniente indagar sobre factores que pueden apuntalar la independencia real de la judicatura. Algunas teorías de base empírica han ayudado a identificar contextos políticos que favorecen la independencia judicial. Según una conocida teoría, los actores políticos tenderían a reconocer la independencia de las cortes como una suerte de

[11] Couso, J. y Hilbink, l., *op. cit*, pp. 174 y ss.; Barros, R. "Courts out of context: authoritarian sources of judicial failure in Chile (1973-1990) and Argentina (1976-1983)", en Ginsburg T. y Moustafa, T., *Rule by law: the politics of courts in authoritarian regimes,* Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 156 y ss.

[12] Melton, James y Ginsburg, Tom, "Does de jure judicial independence really matter?", *Journal of Law and Courts,* vol. 2, núm. 2, septiembre 2014, pp. 187-217.

seguro político ante la eventualidad de perder el poder, lo cual se relaciona con los niveles de competitividad de un sistema político. En la medida en que sea más alta esta competitividad, habría mayores incentivos para tales actores en la dirección de resguardar institucionalmente a los jueces.[13]

En relación con los poderes o facultades de una jurisdicción constitucional, hay que evitar sobredimensionar su impacto en la determinación del rol institucional de los tribunales constitucionales y, en particular, la equiparación directa o automática entre mayores atribuciones del tribunal constitucional y mejor desempeño de la justicia constitucional para salvaguardar la democracia. Ciertamente, algunos poderes resultan necesarios para que ella emita sentencias que impacten en el medio institucional y político-social. Si las decisiones de un tribunal constitucional no poseen efectos generales sino solo pueden tenerlos en el caso concreto resuelto, en causas referidas al control difuso de constitucionalidad de la ley, sin que, por otra parte, ostente competencias para conocer de acciones judiciales de amparo o garantía de derechos en situaciones individuales, serán menores las posibilidades de influir en la dinámica política que cuando se dispone de poderes para declarar la nulidad de leyes inconstitucionales y, también, en materia de amparos u otros procesos semejantes o para admitir discrecionalmente la revisión de las sentencias dictadas por jueces ordinarios en tales procesos.

Sin embargo, son muy relativas las conclusiones que a partir de aquí pueden extraerse. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, por ejemplo, tiene competencias bastante reducidas, en un sistema de control difuso de la constitucionalidad en el que en principio no rige el precedente vinculante. No obstante, su influencia en el entorno jurídico-político no puede ser desconocida, como lo ponen de manifiesto las decisiones que ha adoptado en controversias de significación general,[14] lo cual obedece en buena medida a la posición que ocupa en un sistema de justicia

[13] Ginsburg, Tom y Versteeg, Mila, "Why do countries adopt constitutional review?" *Journal of Law, Economics and Organization,* vol. 30, 2011, pp. 587-622.

[14] Bazán, V., *La jurisdicción constitucional en Argentina,* en Bogdandy, A. von *et al*., *op. cit*., pp. 74 y ss.

independiente en el que los jueces ordinarios, frecuentemente investidos con la condición de jueces constitucionales en procesos de amparo o de control de constitucionalidad en caso concreto, toman la iniciativa de la protección constitucional y reciben el aval de la Corte Suprema. Esto ya demuestra que la habitual aproximación a los poderes de la justicia constitucional, que tiende a considerar de manera aislada las facultades de control jurisdiccional de los tribunales constitucionales, no permite aquilatar el alcance de la intervención de aquella en el orden jurídico-político. Otro ejemplo digno de mención es el del Tribunal Constitucional italiano, moderado en sus poderes y talante institucional, pero influyente en sus resoluciones. Carece, por cierto, de competencias respecto de recursos de amparo, lo cual no le ha impedido desarrollar una nutrida jurisprudencia, también en relación con los derechos fundamentales, por medio del control concentrado de la constitucionalidad, ejercido en interacción con los jueces ordinarios mediante la cuestión de inconstitucionalidad[15].

También ha sucedido lo contrario. El Tribunal Constitucional peruano ostenta suficientes poderes de protección de la Constitución, desde el punto de vista de los cauces de acceso y de los efectos de sus decisiones, pero ha tenido oscilaciones en su desempeño y ha sido en ciertas etapas un órgano con contribuciones muy limitadas al control del ejercicio del poder y a la garantía de los derechos fundamentales. Esto permite constatar, por otra parte, que un mismo tribunal constitucional, sin alteraciones sustanciales en sus atribuciones, puede cumplir un rol muy distinto en atención a otros factores. Los poderes de un tribunal constitucional no son suficientes para explicar el papel activo que puede asumir en un sistema político. Sin embargo, este es un aspecto relevante que debe incluirse en el análisis, sin que sea determinante ni ampliamente explicativo. Aquí tienen algo de razón quienes sostienen que los efectos de las reformas institucionales son "indeterminados",[16] si bien los temas de diseño institucional conservan una importancia que no cabe desdeñar.

---

15 Bogdandy, A. von y Paris, D., *op. cit*., pp. 263 y ss.

16 Helmke, G. y Staton, J., "El rompecabezas de la política judicial en América Latina. Una teoría sobre el litigio, las decisiones judiciales y los conflictos entre poderes", en Helmke, G. y Ríos-Figueroa, J. (coords.), *op. cit*., pp. 539 y ss.

En particular, el diseño institucional de una jurisdicción constitucional propende a encaminar al tribunal constitucional o a la jurisdicción constitucional hacia la realización de unas u otras tareas y puede fomentar ciertas áreas de conflicto, tal como se ha corroborado respecto de los tribunales que poseen exclusivamente competencias de control concentrado de constitucionalidad de las leyes, no de conocimiento o revisión de amparos constitucionales, ya que ellos, en su afán por afianzar su autoridad, y en ausencia de cauces procesales sobre acciones individuales que le permitan hacerlo, se enfrentan con alguna frecuencia al legislador y pueden estimular, sin quererlo, purgas y retrocesos, como ha sucedido en Hungría.[17] Aunque en este caso ese afán se relacionaba con el contexto y características de la transición a la democracia, lo cual confirma que el tratamiento del asunto requiere de nuevo de una mayor complejidad en el análisis, que sobrepasa los límites del enfoque competencial.

Un perfilamiento funcional de la jurisdicción constitucional asociado al alcance de las atribuciones de control de constitucionalidad se encuentra en la experiencia francesa, antes de las reformas constitucionales en la materia, ya que el Consejo de Estado a menudo era colocado por la minoría parlamentaria, temprana e intensamente, en la arena de la lucha política, dado el carácter fundamentalmente previo o preventivo del control, con consecuencias en la actuación del Consejo. El ámbito del control preventivo de la constitucionalidad en Chile ha tenido igualmente efectos en la configuración y actuación de esta jurisdicción.

Además, se ha puesto de relieve que la dimensión del acceso a la jurisdicción constitucional es clave para comprender el tipo de actividad jurisdiccional desarrollada por un tribunal constitucional.[18] Si el acceso está restringido a minorías parlamentarias y organismos que reclamen haber sido lesionados en su esfera de atribuciones, las voces de la sociedad, en su diversidad, y de las personas individualmente consideradas tendrán pocas posibilidades de ser oídas y de plantear problemas ante la jurisdicción

17 Boulanger, C., *Hüten, richten..., cit*., pp. 189 y ss.

18 Kapiszewski, D., *op. cit*., p. 274; Ríos-Figueroa, J. "Instituciones para la justicia ...", *cit*., pp. 68 y ss.

constitucional que expandan una agenda burocráticamente acotada. Esta vertiente del acceso es, en mi opinión, una de las más importantes de las mencionadas por quienes destacan la significación de los poderes de los tribunales constitucionales en la configuración de su papel político-institucional. Esto se vincula con la facultad de selección discrecional de causas a que aluden dichos autores, aunque lo crucial es la previsión de cauces procesales que permitan que la jurisdicción constitucional atienda tanto a solicitudes abstractas sobre la inconstitucionalidad de las leyes como a reclamaciones subjetivas o concretas sobre vulneración de derechos. De hecho, estas últimas son las que están teniendo mayor relevancia en la jurisdicción constitucional para apuntalar un rol activo de los tribunales constitucionales en la protección de la Constitución y de los derechos humanos. Su adecuada resolución ofrece además al tribunal la legitimidad o autoridad requerida para intervenir en procesos de control abstracto, en conflictos entre poderes o en temas de derechos fundamentales de alta sensibilidad social y política.

2.2. Las interacciones o equilibrios políticos y las posibles respuestas de otros órganos

Ha sido examinada la situación del Gobierno unificado y su influencia sobre la jurisdicción constitucional. Durante el Gobierno unificado la rama ejecutiva y legislativa se hallan alineadas en una misma dirección política y entonces la jurisdicción constitucional tendería a replegarse.[19] Mientras que la división o fragmentación de la fuerza política y, en tal sentido, la democratización, favorecería la independencia y la intervención judicial. En sus afirmaciones generales, dicha tesis y los hallazgos correspondientes son útiles en el ámbito latinoamericano, aunque algunos estudios indican que deberían ser matizados. La fragmentación de los partidos políticos ha favorecido, por ejemplo, el rol activo de la Sala Constitucional costarricense, pero hay experiencias que apuntan en otra dirección. Así, en el caso chileno se ha argumentado que

[19] Bill Chávez, R., *et al*., "Una teoría del poder judicial independiente políticamente. Un estudio comparativo de los Estados Unidos y Argentina", en Helmke, G. y Ríos-Figueroa, J. (coords.), *op. cit*., pp. 374 y ss.

ni siquiera un escenario de fragmentación ha motorizado la actuación de los jueces en la política y que las consideraciones estratégicas, afines a las teorías del Gobierno unificado, no bastan para explicar su comportamiento.[20] Se ha demostrado igualmente que, pese a los incentivos contrarios a la actuación judicial en ese terreno, con no poca frecuencia han surgido conflictos ligados al intento de los jueces de fijar posición y tomar decisiones en sentido diverso al de las preferencias de los gobernantes, aun en contextos de Gobierno relativamente unificado.[21] Es cierto, por otro lado, que en procesos de transición desde regímenes autoritarios la democratización suele comportar una fragmentación de poder, que favorece la actuación de las cortes.[22] Pero también se ha aducido fundadamente que la fragmentación de poder no necesariamente se corresponde con una consolidación democrática;[23] podría obedecer a la existencia de una multiplicidad de agentes de poder corporativo o fáctico, que pugnen contra los soportes institucionales del sistema, o podría generar una inestabilidad inconveniente.

Más allá de la solidez o no de las tesis del Gobierno unificado, en su aplicación a Latinoamérica, es innegable que el entorno institucional y, en particular, la forma en que se relacionan los órganos políticos de la estructura estatal repercuten en el funcionamiento de la jurisdicción constitucional. Sin embargo, no siempre la cohesión entre las ramas ejecutiva y legislativa del poder público se traduce en la inhibición de la jurisdicción constitucional. Ello puede desembocar también en un protagonismo judicial destinado a reforzar la posición de los gobernantes. Ejemplos de ello, además de la experiencia venezolana y nicaragüense, que se perfilan más como pertenecientes a un marco abiertamente autoritario, han sido los de Ecuador con Correa, y los de Honduras y Bolivia, en lo concerniente a las sentencias dictadas respecto de la reelección presidencial. Evidentemente, la inhibición o abdicación se produce en lo que atañe a la función de control y garantía de derechos propia de un tribunal constitucional.

---

20 Couso, J. y Hilbink, l., *op. cit*, pp. 206-207.

21 Helmke, G. y Staton, J., *op. cit*., pp. 519 y ss.

22 Ginsburg, Tom, "Introduction", *cit*., p. 3.

23 Pozas-Loyo, A. y Ríos-Figueroa, J., "The transformations of the role of the Mexican Supreme Court", en Castagnola y López Noriega, S., *op. cit*., p. 19.

La clave a mi juicio está en los postulados jurídico-institucionales que distinguen al sistema en el cual se dan determinadas interacciones entre los poderes y a los frenos que de allí dimanen. Si tales postulados se sustentan en la idea del constitucionalismo, la democracia y el control del poder, puede haber espacio para el control constitucional, incluso en asuntos políticos, aun en una situación de Gobierno unificado. La propia perspectiva de que este deje de serlo, en virtud de la alternancia y la renovación de órganos constitucionales, puede dar campo de acción a los jueces, como se ha sostenido desde algunas de las teorías explicativas de la delegación de poder a las altas cortes. En una aproximación más concreta, puede ocurrir, como en Alemania, que las dos terceras partes exigidas para la elección de los magistrados del tribunal constitucional, aunada a la existencia de dos grandes partidos populares que suelen alternarse en el Gobierno, permita conformar una jurisdicción constitucional bastante independiente de las oscilaciones de las mayorías gubernamentales. Además, puede suceder que, en escenarios de gobierno o poder dividido, la ausencia de mayorías sólidas conduzca a elegir jueces de posturas moderadas o conservadoras, con prescindencia de la ideología dominante en uno u otro centro de poder, como ha pasado en Brasil.[24]

Todo esto está vinculado a las posibles respuestas de las instancias políticas frente a decisiones de la jurisdicción constitucional. Nuevamente, la variable de los principios y compromisos fundamentales del sistema político es primordial. Ante gobiernos personalistas y precaria institucionalidad el temor a represalias es mayor y puede serlo también la inclinación a someterse a la dominación imperante. En etapas de desplazamiento desde un escenario más o menos democrático hacia otro tendencialmente autoritario puede haber resistencias de algunas cortes, preocupadas en defender el orden político-jurídico que les da sentido como órganos de control y en mantener una lealtad a postulados en declive, las cuales suelen ser respondidas con medidas que persiguen allanar el camino hacia un nuevo tipo de régimen. No siempre las

[24] Brinks, D., "Fieles servidores del régimen. El papel de la Corte Constitucional de Brasil bajo la Constitución de 1988", en Helmke, G. y Ríos-Figueroa, J. (coords.), *op. cit.*, pp. 221 y ss.

cortes son capaces de sobreponerse a estos embates, pero en ocasiones contienen procesos de erosión de la democracia.

2.3. Las características de la gestación constitucional y su desenlace

Desde distintos ángulos se ha puesto de relieve la importancia de la gestación constitucional para entender el desenvolvimiento de la dinámica política y también se ha destacado su influencia sobre la actuación y el papel de la jurisdicción constitucional. Especialmente ilustrativos son los aportes de Ackerman y Boulanger.[25] Por nuestra parte bastaría con invocar la experiencia colombiana. El momento de fundación constitucional dejó una impronta perdurable en el funcionamiento de la jurisdicción constitucional, que desde un comienzo se consideró obligada a contribuir decisivamente a la realización de la Constitución, asumida como un proyecto transformador que debía ser implementado, correspondiendo a la Corte Constitucional velar porque no fuera ignorado.[26] El compromiso de toda jurisdicción constitucional con la garantía del respeto a la Constitución se ha concebido aquí como un deber de coadyuvar desde la jurisdicción al cumplimiento de las grandes metas socioeconómicas y democráticas de la Constitución. Hasta donde lo haya logrado es discutible,[27] pero lo significativo ahora no es tanto el balance global sobre la efectividad en esa ambiciosa tarea sino apreciar su repercusión indudable en el comportamiento de la Corte.

Esta reflexión es extensible a otras jurisdicciones constitucionales. Buenos ejemplos de esto son la Corte Constitucional de Italia, donde un proceso constituyente signado por la búsqueda

---

25 Además de las obras de Boulanger ya citadas ver Ackerman, B., "The rise of world constitutionalism", *Virginia Law Review*, vol. 83, núm. 4, 1997, pp. 771-797.

26 Cepeda, J. M., "Judicial activism in a violent context: the origin, role, and impact of the colombian constitutional court", *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, 2004, pp. 575 y ss.

27 Osuna Patiño, N. *et al*., "El sistema de justicia constitucional en Colombia", en Bogdandy, A. von *et al*., *op. cit*., pp. 231 y ss.

de acuerdos y por evitar los extremismos ha tenido cierto reflejo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como, más recientemente, el Tribunal Constitucional de Hungría, con un proceso de reforma constitucional calificado como postsoberano, porque no fue el poder constituyente del pueblo el que se expresó para fijar las reglas constitucionales básicas de la transición a la democracia, sino que el protagonismo recayó en una mesa de negociaciones que alcanzó determinados acuerdos políticos, lo cual debía dar paso en breve a una segunda fase de producción constitucional más amplia, pero ello no ocurrió; en este contexto, el Tribunal Constitucional húngaro procuró compensar la frágil legitimidad del arreglo institucional y se empeñó con escasos soportes en erigir el nuevo orden de valores bajo la impronta de un Estado democrático de derecho.[28]

2.4. La concepción o filosofía constitucional

Este es un factor que repercute en buena medida en el desempeño de la jurisdicción constitucional y, al mismo tiempo, debe ser leído en conjunto con los otros elementos causales aquí tratados. La filosofía o ideas políticas de cada juez suele impactar en su tarea jurisdiccional y en la labor de un tribunal constitucional. Ha de considerarse también la forma en que entiende el alcance o límites de su actividad como juez, lo que a veces es denominado su ideología o filosofía judicial. En íntima conexión con eso, ha de prestarse atención a la concepción que se tenga sobre la Constitución y la interpretación constitucional.

Se ha subrayado la influencia que ha ejercido en varios tribunales constitucionales la corriente neoconstitucionalista o, para ir más allá de esta expresión equívoca que abriga elementos heterogéneos, la tendencia a expandir la fuerza normativa de la Constitución y a reconocer especiales efectos a la constituciona-

[28] Arato, A., "Post-Sovereign constitution-making in Hungary: after success, partial failure, now what?", *South African Journal on Human Rights,* vol. 26, part. I, 2010, pp. 19-44.

lización del ordenamiento jurídico.[29] Ello junto a tribunales constitucionales sumamente dispuestos a "reconocer" y "recrear" las implicaciones de este concepto de Constitución sobre sus funciones y competencias. Ciertamente, en el ámbito latinoamericano han tenido gran recepción las tesis neoconstitucionalistas, bajo orientaciones diferentes y, más aún, como un concepto-palanca de planteamientos específicamente regionales referidos al pluralismo étnico-cultural, cuando la Constitución lo contempla, y a la garantía de los DESCA. También se ha desarrollado el enfoque del constitucionalismo transformador.[30]

No sería pertinente abordar aquí esta multiplicidad de aproximaciones al concepto ni los pilares que pueden atribuirse a un pensamiento neoconstitucional.[31] Basta con apuntar que la revaloración de la Constitución como norma, por razones tanto formales como materiales, ha allanado el camino para un mayor activismo judicial y es invocada con frecuencia para justificar la expansión del poder de los jueces.

Junto a esta corriente concurre, en esta dimensión del análisis causal, la contraposición clásica entre visiones tradicionales de la función judicial y las que propugnan, bajo diferentes categorías, la participación del juez en la creación del Derecho y, en relación con la jurisdicción constitucional, la importancia de su intervención para adaptar la Constitución a nuevas realidades y atender demandas político-sociales que son conocidas por los jueces constitucionales. Esto presupone una cierta filosofía ju-

---

29 Couso, J. y Hilbink, l., *op. cit.*, pp. 181 y ss.

30 Bogdandy, A. von, "Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador", *Rev. Derecho Estado,* núm. 34, 2015, pp. 3-50. En relación con el Ius constitutionale commune en América Latina véase Bogdandy, A. von, Fix-Fierro, H. y Morales Antoniazzi, M. (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos,* México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, MPIL-UNAM, 2014; Bogdandy, Morales Antoniazzi y Ferrer Mac-Gregor (eds.), *Ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina,* México, Porrúa, 2013; Bogdandy, Morales Antoniazzi y Ferrer Mac-Gregor, *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. Ciudad de México, IECEQ, 2017.

31 Casal, J. M., *Las transformaciones del constitucionalismo y la justicia constitucional,* Ciudad de México, Porrúa, 2017, pp. 19 y ss.

dicial, esto es, sobre el rol de los jueces y de la jurisdicción que incide en el comportamiento judicial.[32]

2.5. Las expectativas sociales, la comprensión de los jueces sobre ellas y sobre su rol y la base de apoyo a la jurisdicción

Un conjunto de asuntos que se proyectan significativamente sobre el funcionamiento de la jurisdicción constitucional y su actuación en asuntos de relevancia política se relaciona con las expectativas acerca del papel que debe cumplir. Estas expectativas tienen como trasfondo la realidad política y social sobre la cual la jurisdicción constitucional opera. En el medio latinoamericano resulta claro que, en lo político, es frecuente el abuso de poder, la propensión al avasallamiento del adversario, la resistencia a los controles, la débil cultura democrática y de Estado de Derecho. En lo social, las grandes desigualdades y las barreras para el acceso a las oportunidades de crecimiento personal. Todo esto se traduce en reclamos a la jurisdicción constitucional, en la medida en que esta ofrezca asideros para sustentarlos. El contenido y extensión del texto constitucional converge ahora como punto de apoyo. El contexto histórico-político es otro elemento que debe ser tenido en cuenta. Así, la existencia de una transición a la democracia alimentará determinadas expectativas sociales.

Las expectativas respecto de la jurisdicción constitucional se interrelacionan con la comprensión de los jueces constitucionales sobre el papel que deben jugar. Esta se conforma tanto por las ideas político-judiciales de los jueces, antes mencionadas, como por la conciencia que estos tengan sobre lo que de ellos se espera en un contexto determinado, en lo cual concurren demandas de las audiencias en que ejercen sus funciones y determinados desafíos históricos.[33] No trata de que los jueces constitucionales sean veletas de reclamos de mayorías políticas o sociales o de de-

[32] Sánchez, A. *et al*., "Legalistas vs. interpretativistas: la Suprema Corte y la transición democrática en México", en Helmke, G. y Ríos-Figueroa, J. (coords.), *op. cit*., pp. 340 y ss.

[33] Boulanger, C., *Role theory, democratization..., cit*.

terminadas minorías, corporaciones o grupos, sino de que ellos inevitablemente han de tener en cuenta los reclamos de su entorno al perfilar su rol institucional. En ocasiones su función será la de romper estereotipos arraigados en la sociedad y superar prejuicios ampliamente extendidos. Esto se vincula con el objetivo perseguido por los jueces, especialmente por los tribunales constitucionales, de alcanzar una fuerte legitimidad institucional, de ganar autoridad. En este marco se inscriben y cobran singular importancia la opinión pública[34] y los esfuerzos de los tribunales constitucionales por informar y convencer a sus audiencias de la bondad y fundamentación de sus decisiones.

Otro factor que ha de tenerse en cuenta es la base de apoyo para el trabajo del tribunal constitucional en organizaciones sociales y en redes nacionales e internacionales relativas a los derechos humanos y a los demás principios fundamentales que deben ser salvaguardados en la jurisdicción constitucional. Aquí entra en juego el llamado entramado o complejo legal que puede ofrecer respaldo a la labor de la jurisdicción constitucional.[35] Junto a ciertos funcionarios públicos y los abogados, los defensores de derechos humanos y las organizaciones no gubernamentales pueden cumplir igualmente un papel capital para la creación de estructuras y servicios de apoyo al acceso a la jurisdicción constitucional y al seguimiento de la jurisprudencia constitucional. Estos también pueden ayudar a monitorear las respuestas de los órganos sujetos al control judicial ante sentencias que no les sean favorables y dispongan la adopción de medidas de protección de derechos u otros principios constitucionales. La conexión de estas asociaciones con redes internacionales es igualmente de singular valor para apuntalar el trabajo de una jurisdicción constitucional independiente. La existencia de esta red de apoyo al funcionamiento de la jurisdicción constitucional puede influir también en su talante y su agenda jurisdiccional. La formación

[34] Respecto de la significación de la opinión pública para la jurisdicción constitucional véase Castillejos-Aragón, M., *The transformation of the Mexican Supreme Court into an-arena for political contestation,* en Kapiszewski, D. *et al*., *op. cit*., p. 156; Osuna Patiño, N. *et al*., *op. cit*., pp. 245 y ss.

[35] Halliday, T., "Why the legal complex is integral to theories of consequential courts", Kapiszewski, D. *et al*., *op. cit*., pp. 337 y ss.

de una comunidad de práctica entre quienes actúan en torno a la jurisdicción constitucional o la defensa de los derechos humanos es asimismo relevante.[36]

III. Reflexión final

Son muchos los factores que pueden explicar y apuntalar o dificultar el desempeño de la jurisdicción constitucional desde la óptica de la protección de la democracia, tal como antes se expuso. Basta con concluir reiterando que no es tanto el poder o poderes de un tribunal constitucional como la autoridad que este haya ganado, junto a la comprensión de sus integrantes sobre el papel institucional que de aquel se espera en la sociedad de su tiempo, lo que determina la aptitud de una jurisdicción constitucional para estar a la altura de aquel propósito. Una autoridad que presupone por supuesto independencia y márgenes para intervenir en defensa de la Constitución. En este marco los jueces constitucionales desarrollan estrategias que les permiten ensanchar su campo de actuación y administrar sus posibilidades de influencia, apoyándose sobre todo en acciones de tutela de derechos fundamentales para abonar el terreno de la jurisdicción e incursionar desde allí, ocasionalmente o con alguna frecuencia, en la arena de los asuntos políticos. La formación de estructuras de acompañamiento al trabajo legal de organizaciones sociales, la creación de comunidades de práctica y de redes internacionales entre tribunales constitucionales, y el robustecimiento de su confiabilidad ante la opinión pública pueden contribuir significativamente a que se hagan realidad esos fines.

Referencias

Ackerman, B., "The rise of world constitutionalism", *Virginia Law Review*, vol. 83, núm. 4, 1997.

[36] Bogdandy, A. y Urueña, R. "Comunidad de práctica en derechos humanos y constitucionalismo transformador en América Latina", *Anuario de Derechos Humanos*, 2020, pp. 15-34.

Ahumada Ruiz, M., *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*. Navarra, Aranzadi, 2005.

Arato, A., "Post-Sovereign constitution-making in Hungary: after success, partial failure, now what?", *South African Journal on Human Rights,* vol. 26, part. I, 2010.

Barros, R. "Courts out of context: authoritarian sources of judicial failure in Chile (1973-1990) and Argentina (1976-1983)", en Ginsburg T. y Moustafa, T., *Rule by law: the politics of courts in authoritarian regimes,* Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Bogdandy, A. von *et al.*, *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune,* vol. I., Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2019.

Bogdandy, A. von y Paris, D., *Power is perfected in weakness: on the authority of the Italian Constitutional Court,* en Barsotti, P.G. *et al.* (eds.), *Dialogues on Italian constitutional justice. A comparative perspective,* Nueva York-Turin, Routledge-Giappichelli, 2020.

Bogdandy, A. von, "Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador"*, Rev. Derecho Estado,* núm. 34, 2015.

Bogdandy, A. von, Fix-Fierro, H. y Morales Antoniazzi, M. (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos,* México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, MPIL-UNAM, 2014.

Bogdandy, A. y Urueña, R. "Comunidad de práctica en derechos humanos y constitucionalismo transformador en América Latina", *Anuario de Derechos Humanos*, 2020.

Bogdandy, Morales Antoniazzi y Ferrer Mac-Gregor (eds.), *Ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina,* México, Porrúa, 2013.

Bogdandy, Morales Antoniazzi y Ferrer Mac-Gregor, *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión, C*iudad de México, IECEQ, 2017.

Boulanger, C., *Hüten, richten, gründen: rollen der verfassungsgerichte in der demokratisierung Deutschlands und Ungarns,* Berlín, epubli, 2013.

Boulanger, C., *Role theory, democratization and comparative constitutionalism: constitutional courts as "guardians", "umpires" and "founders",* Ponencia presentada ante la Reunión Anual de la Asociación Derecho y Sociedad, 2015.

Casal, J. M., *Las transformaciones del constitucionalismo y la justicia constitucional,* Ciudad de México, Porrúa, 2017.

Casal, J.M., "The constitutional chamber and the erosion of democracy in Venezuela*", Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht/Heidelberg Journal of International Law,* vol. 80, 2020.

Cepeda, J. M., "Judicial activism in a violent context: the origin, role, and impact of the colombian constitutional court", *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, 2004.

Couso, J. y Hilbink, l., "Del quietismo al activismo incipiente: las raíces institucionales e ideológicas de la defensa de los derechos en Chile", Helmke, G. y Ríos-Figueroa, J. (coords.), *Tribunales Constitucionales en América Latina*, México, SCJN, 2010.

Ginsburg, Tom y Versteeg, Mila, "Why do countries adopt constitutional review?" *Journal of Law, Economics and Organization,* vol. 30, 2011.

Ginsburg, Tom, "Introduction", en Castagnola y López Noriega, S., *Judicial politics in Mexico. The Supreme Court and the transition to democracy,* Nueva York, Routledge, 2017.

Helmke, G. y Ríos-Figueroa, J. (coords.), *Tribunales Constitucionales en América Latina*, México, SCJN, 2010.

Kapiszewski, D. *et al*., *Consequential courts. Judicial roles in global perspective,* Nueva York, Cambridge University Press, 2013.

Kapiszewski, D., "¿Árbitro de conflictos, creador de políticas públicas o protector de derechos? El Supremo Tribunal Federal de Brasil en Transición", en Helmke, G. y Ríos-Figueroa, J.

(coords.), *Tribunales Constitucionales en América Latina*, México, SCJN, 2010.

Landau, D. y Dixon, R., "Abusive judicial review: courts against democracy", *UC Davis Law Review,* núm. 53, 2020.

Melton, James y Ginsburg, Tom, "Does de jure judicial independence really matter?", *Journal of Law and Courts,* vol. 2, núm. 2, septiembre 2014.

Ríos-Figueroa, J. "Instituciones para la justicia constitucional en América Latina", Helmke, G. y Ríos-Figueroa, J. (coords.), *Tribunales Constitucionales en América Latina*, México, SCJN, 2010.

Staton, Jeffrey *et al*., "Can Courts be bulwarks of democracy? Judges and the politics of prudence (comparative constitutional law and policy)", Cambridge, Cambridge University Press, 2022.

¿Cuál es el sistema constitucional de Surinam? Una propuesta para clasificarlo

***

What is the constitutional system of Suriname? A proposal to classify it

*Krystian Complak**

Sumario: I. Introducción. II. Economía de Surinam. III. Derechos humanos. IV. Sistema de los poderes del Estado. V. Presidente de la República. VI. Consejo de Estado. VII. Consejo nacional de seguridad. VIII. Poder judicial. IX. Modelos de sistemas de gobierno. X. Los rasgos esenciales del sistema parlamentario. XI. Modelos mixtos. XII. Evaluación conclusiva del Gobierno de Surinam. Referencias.

I. Introducción

Surinam obtuvo su independencia el 25 de noviembre de 1975. Ese mismo día entró en vigor la Constitución del país, oficialmente conocida como Ley Básica. Fue un acto original en comparación con la constitución del Reino de los Países Bajos, es decir, el Estado cuya colonia era este territorio, llamado entonces Guayana Holandesa. La del todo novísima carta magna introdujo

* Catedrático de Derecho Constitucional, profesor emérito de la Universidad de Wrocław. Conferencista en Polonia y afuera

la institución del presidente de la República elegido por el parlamento. El máximo texto jurídico del nuevo Estado estableció también un parlamento unicameral. Asimismo, el Código político fundamental surinamés proclamo el catálogo de derechos individuales —también más extenso— que el de la Constitución holandesa. La novedad más importante de este texto fue la introducción de una institución especial para proteger estos derechos, es decir, el Tribunal Constitucional.[1]

La Constitución de 1975 fue una constitución jurídica modelo. Elaborada en la metrópoli —con el gran envolvimiento de abogados holandeses— la primera Ley Básica de Surinam reflejaba, en pequeña medida, las realidades de la recién creada república. Por lo tanto, no sorprende que solo 12 años después de su introducción fuera reemplazada por un nuevo Estatuto Supremo. Este rige el país hasta el día de hoy, es decir, ya durante 37 años. A diferencia de su predecesor, esta nueva Ley Sustantiva preparada fuera de la metrópoli, expresó en mayor medida los problemas de Surinam. Basta leer el preámbulo y los primeros capítulos para ver una conexión más estrecha con el contexto y las necesidades de este país sudamericano.

Es la constitución de un país que quiere construir, como dice el preámbulo, "soberanía, independencia e integridad nacionales". Se supone que Surinam es un "Estado democrático" o incluso, como la norma Normarum lo especifica, una "democracia política". No es casual que esta última locución al ser un poco vaga se la caracterizo el artículo 52 punto 2 de la Constitución. Según este, la democracia política es "la participación y representación del pueblo de Surinam, que se expresa a través de la participación del pueblo en el establecimiento de un régimen político democrático y a través de su participación en la legislación y administración destinadas a mantener y ampliar ese sistema".[2]

[1] Se trataba y trata de una desviación grave de la Ley Fundamental holandesa del modelo europeo de la justicia constitucional. La Constitución de este país hasta hoy en día no prevé un órgano especial para oponerse a las violaciones de los derechos individuales. Que más, la Ley Fundamental de los Países Bajos prohíbe de manera expresa a las jurisdicciones de derecho común de controlar los actos del parlamento.

[2] Además, la democracia política también debe "crear condiciones para la participación del pueblo en elecciones universales, libres y secretas a los

El sistema de gobierno de Surinam es diferente del modelo constitucional liberal. En primer lugar, cabe señalar que la ley fundamental de este país no introduce el principio de división o separación de poderes. En lugar de este principio, establece el parlamento como el máximo órgano del Estado. Este organismo unicameral —llamado no casualmente Asamblea Nacional— debería representar al pueblo de la República de Surinam y manifestar la "voluntad suprema del pueblo". Para que no quede duda de quién es el sujeto supremo del poder, el artículo 1 de la Constitución, establece que la República de Surinam es un "Estado democrático basado en la soberanía popular".

A pesar de garantizar una posición tan alta de la Asamblea Nacional en el país, el parlamento no es el único legislador. De conformidad con el artículo 70 de la Ley Fundamental, el poder legislativo lo ejercen conjuntamente el parlamento y el Gobierno (poder ejecutivo). Además del órgano representativo "ordinario", existe una llamada Asamblea Popular. Los miembros de la Asamblea Nacional son elegidos en las circunscripciones en las que han residido durante al menos dos años. Si un diputado cambia arbitrariamente su lugar de residencia (residencia principal y real), pierde su mandato. El curul parlamentario también se desocupa automáticamente en caso de ausencia continuada de un diputado a las reuniones de la Asamblea Nacional durante cinco meses.

El juramento o la promesa parlamentarios establecen la prohibición de aceptar y/o prometer cualquier cosa, en particular obligaciones o regalos algunos. Según la Constitución, los cónyuges o personas emparentadas entre sí hasta el segundo grado no pueden ser miembros de la Asamblea Nacional. Si resultan elegidas personas sujetas a tales prohibiciones, la exclusión de una de ellas del parlamento se decidirá por sorteo. Las personas legalmente privadas de libertad tampoco pueden ser integrantes

órganos representativos y al gobierno". *Cfr.* en particular los materiales de Anton de Kom de la Universiteit van Suriname (Paramaribo): M. Silos, "Comments on 'Staat, politiek en democratie in Suriname 1975-2000' by Jack Menke", *Nationale ontwikkeling in regionale en international context*, pp. 238-242.

de un órgano de representación.[3] A pesar de la prohibición de acortar el mandato de un diputado, la Ley de Leyes introdujo la revocación de representantes a la Asamblea Nacional. Es una vulneración del principio fundamental de la democracia liberal, es decir, del denominado mandato libre de los altos representantes de los órganos parlamentarios.

II. Economía de Surinam

También en la esfera económica, los objetivos de Surinam son ambiciosos: construir y mantener una economía nacional "libre de dominación e intervención extranjeras". Según lo dispuesto en el artículo 5 punto 2 de la Constitución, la estructura productiva del país —en la cual debería llevarse a cabo el desarrollo socioeconómico— tiene que ser caracterizada por "empresas comunes, modernas, estatales y privadas que funcionen en igualdad de condiciones y empresas en las que el Estado y los particulares, así como las cooperativas, participan conjuntamente, de conformidad con las disposiciones aplicables en esta materia".[4]

Todas las formas de propiedad industrial y comercial están destinadas a cumplir una función social. El objetivo del desarrollo socioeconómico es crear una "sociedad socialmente justa". En una sociedad así, un plan es un acto normativo que tiene en cuenta los objetivos nacionales y socioeconómicos del Estado. Este acto legislativo garantiza que el modo de realizar el comercio y el espíritu empresarial no serán contrarios a los objetivos nacionales, al interés público y, especialmente, a la política estatal en el campo de la salud, la moral y la seguridad pública. La riqueza y los recursos nacionales deben pertenecer al pueblo. Este puede utilizarlos para "las necesidades del desarrollo económico, social y cultural de Surinam" (art. 41 de la Constitución).[5]

---

[3] Una condena por un delito penal debe traer aparejada la pena de prisión de más de cinco meses.

[4] En cuanto al espíritu emprendedor individual, el art. 5 punto 3 de la Constitución añade ritualmente el deber del Estado de promover y garantizar, en la mayor medida posible, todos los métodos de producción de las empresas privadas.

[5] La mejor descripción de la evolución socio-económica del país, se puede encontrar en la enjundiosa obra de R. Hoefte, *Suriname in the long*

III. Derechos humanos

Este sistema económico socialista[6] se complementa con un catálogo bastante singular de derechos individuales. Básicamente, la lista parece ser completa. Sin embargo, una mirada más cercana nos permite notar desviaciones significativas de la democracia liberal. En primer lugar, existe una amplia regulación del derecho al trabajo. Este menciona el objetivo de garantizar el pleno empleo, lo que en la práctica significa establecer el trabajo obligatorio. Quizás consciente de la adopción de tal principio, la Constitución garantiza a todos el derecho a trabajar "según sus capacidades". Sin embargo, añade en el punto segundo de este mismo artículo 26 que "la obligación de trabajar está indisolublemente ligada al derecho a trabajar".[7] También es admirable conceder a todos el "derecho a la buena salud".

La introducción de la educación gratuita en todos los niveles del sistema educativo no es menos impresionante. Además, el Estado tiene la obligación de adaptar la educación a las necesidades productivas y sociales de la sociedad. Por tanto, el derecho a la propiedad industrial está regulado por la ley. Si el derecho de huelga está sujeto a "limitaciones derivadas de la ley", los empresarios no tienen ningún derecho a un cierre patronal. Si los derechos políticos están regulados de manera estándar, no la famosa cláusula estadounidense del debido proceso legal. Sus tres palabras fueron sustituidas por la fórmula: "de conformidad con el procedimiento previsto por la ley". La sustitución de este principio jurídico natural de la Constitución de Estados Unidos por la de Surinam fue y es de gran importancia para la aplicación de las normas en el país, como lo demuestra la práctica de su

twentieth century. Domination, contestation, globalization, Palgrave Macmillan, 2014.

6 Se trata de un modelo básico de un sistema socialista, diferente del llamado socialismo real, es decir del sistema político-económico que existía en los antiguos países del llamado campo socialista. Este último se caracterizaba por una constante escasez de víveres en las tiendas, expresada simbólicamente por la falta de embutidos y otros productos cárnicos.

7 La torpeza de esta regulación es visible en el art. 15 de la Constitución de Surinam, que establece que "nadie podrá ser obligado a realizar trabajos forzosos u obligatorios".

vecino norteamericano. La transformación de esta garantía en el derecho positivo la priva de su ventaja informalizada frente a la incapacidad de las normas jurídicas aplicables para garantizar la justicia y el Estado de derecho. Este efecto se evidencia en la aplicación de la Constitución de la India desde hace casi 75 años.[8]

IV. Sistema de los poderes del Estado

Por un lado, está el parlamento definido como el máximo órgano del poder estatal. Por otro lado, tenemos un presidente –sin mencionar que se trata de presidente de la República— y un poder judicial compuesto por el presidente y el vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia, miembros y diputados, el Fiscal General ante esta Corte, otros miembros de la fiscalía, así como los demás funcionarios judiciales definidos por la ley. A este conglomerado de órganos habría que sumar el Consejo de Estado y el Tribunal Constitucional, e incluso un órgano especial: el Consejo de Seguridad Nacional.[9]

A pesar de la definición del parlamento como "órgano supremo del Estado", su poder legislativo está limitado por su ejercicio conjunto con el Gobierno. El poder de la Asamblea Nacional puede verse aún más limitado mediante el establecimiento de la llamada Asamblea Popular y el uso posible de la institución del referéndum. La importancia del máximo órgano legislativo del país se ve reforzada por la competencia para elegir al presidente y al vicepresidente de la República, así como por el hecho de que el Jefe de Estado tiene la obligación de rendir cuentas ante la Asamblea Nacional.

---

8 *Cfr.* K. Poklewski-Koziełł, *Due process of law*, en W. Sokolewicz (ed.), *Instytucje i doktryny prawno-polityczne Stanów Zjednoczonych Ameryki (Zagadnienia wybrane)*, Ossolineum, 1974, pp. 389-423; Durga Das Basu, *Introduction to the Constitution of India*, LexisNexis, 2015, pp. 121-122.

9 Más allá de este organigrama central de poder existe un "gobierno inferior a nivel regional" (artículo 159 de la Constitución). Su extensa regulación — hasta tres capítulos en la Carta Magna— es inversamente proporcional a su importancia. Según lo dispuesto en el art. 157 punto 2 "se crearán por ley formas apropiadas de descentralización administrativa, teniendo en cuenta la eficacia y sin reducir la unidad de acción ni el poder del gobierno (central - aclaración de KC) para emitir directrices y ejercer el control".

V. Presidente de la República

El presidente es el máximo funcionario de la República de Surinam, jefe de gobierno (de su gabinete de ministros), encabeza el Consejo de Estado, y el Consejo de Seguridad Nacional, tiene el comando sobre las fuerzas armadas y dirige la política exterior del país. Esta enumeración ya subraya la importancia de su cargo. A pesar de ello, algunas de sus competencias están sujetas a limitaciones importantes. Los acuerdos internacionales requieren el consentimiento de la Asamblea Nacional para entrar plenamente en vigor. El presidente puede declarar el estado de guerra, una amenaza de conflicto armado, la ley marcial o el estado de emergencia (en caso de circunstancias internas extraordinarias) solo después de solicitar la opinión del parlamento. Su proclamación independiente por el jefe de Estado solo es posible en caso de fuerza mayor.

El presidente tiene importantes poderes en relación con el Consejo de Ministros. En primer lugar, nombra el gabinete en función de los resultados electorales. Además, gestiona los trabajos preparatorios del programa de gobierno, convoca y preside las reuniones del Consejo de Ministros a su discreción, nombra y destituye a los jefes de ministerio, aprueba proyectos (propuestas) de leyes y emite actos de ejecución de aplicación general. No hay jefe de Gobierno ni presidente del Consejo de Ministros. El vicepresidente es responsable de la gestión diaria del Consejo de Ministros y, en esta calidad, depende del presidente.

VI. Consejo de Estado

El Consejo de Estado opera entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Formalmente, es un órgano asesor del poder ejecutivo (del presidente y del Gobierno). Proporciona orientación a la administración estatal y supervisa la correcta implementación de las decisiones parlamentarias. El Consejo de Estado podrá suspender órdenes del Consejo de Ministros y de órganos inferiores que no tengan el carácter de normas de aplicación general, si estos actos —a juicio del órgano de que se trate— violan la Cons-

titución, las leyes o el programa de gobierno.[10] Además de asesorar al gobierno sobre cuestiones políticas generales, acerca de propuestas de actos administrativos generales y la constitucionalidad de propuestas legislativas y acuerdos internacionales que requieren consentimiento parlamentario, el Consejo de Estado también puede presentar al Gobierno proyectos de leyes y actos administrativos generales, organizar, cuando el interés nacional lo requiera, movilización de la población.[11]

VII. Consejo nacional de seguridad

El segundo órgano intermedio entre los poderes legislativo y ejecutivo, por un lado, y el poder judicial, por el otro, es el Consejo de Seguridad Nacional. Lo establece la Asamblea Nacional (parlamento) cuando los órganos autorizados han declarado el estado de guerra, el estado de amenaza de guerra o el estado de sitio en caso de agresión armada, así como el denominado estado de emergencia cívico-militar. El Consejo de Seguridad Nacional salvaguarda la soberanía y la seguridad interna de la República de Surinam y está dotado por ley de poderes especiales en estos dominios. Está formado por el Primer Mandatario, el presidente de la Asamblea Nacional, el vicepresidente, un representante del ministro de Justicia, dos representantes de las fuerzas armadas, un miembro del Consejo de Ministros y un representante de la policía.

VIII. Poder judicial

La organización de la justicia en Surinam no es muy original desde el punto de vista comparativo. La Constitución incluye

[10] Si el Consejo de Estado suspende una orden del Gabinete de Ministros, el Primer Mandatario está obligado a aprobar o negar la aprobación de esta decisión dentro del mes siguiente a la fecha de la suspensión.

[11] Esta es otra competencia gubernamental propia a los Estados del desaparecido campo socialista. Aparte del significado militar, la movilización tiene su faceta civil, la cual se manifiesta en "la invitación a la obra, a la acción, en la activación". Estas facultades muestran la amplitud de posibles consecuencias prácticas de tal acción.

en esta no solo a los miembros de la "máxima instancia", centrada en el Tribunal Supremo, pero también otros niveles del poder judicial.[12] La Ley Fundamental establece que el Parlamento puede disponer que personas que no sean miembros del poder judicial puedan participar en las actividades de esta autoridad.[13] Existe un poder judicial administrativo establecido indirectamente por el artículo 135 de la carta magna. El Tribunal Constitucional no se menciona entre las instituciones judiciales. Esto confirma la posición separada de este órgano que controla la constitucionalidad de todos los preceptos de derecho vigentes en el país. Pese a ello, cualquier juez de un tribunal común tiene derecho a negarse a aplicar una norma jurídica en un caso concreto si es incompatible con "uno o más derechos constitucionales".[14]

Los miembros del poder judicial (y el fiscal general), a quienes se confía la administración de justicia, son nombrados por el presidente de la Republica después de solicitar la opinión de la Corte Suprema. Los jueces del Tribunal Supremo, incluidos su presidente y el vicepresidente, y el Fiscal General son nombrados de por vida. Esta norma es algo incompatible con el artículo 54 punto 2 g que estipula que nadie podrá ser nombrado para un cargo político vitalicio. Es discutible si los jueces desempeñan funciones políticas. No se puede cuestionar el carácter político del cargo del fiscal general, que depende del poder ejecutivo. El Gobierno también puede destituirlo de esta función.[15]

---

12 Estos son tribunales de distrito y superiores.

13 En este caso puede tratarse de jueces legos o de paz.

14 *Cfr.* Mi artículo en polaco intitulado "*Surinam - najmłodszy Trybunał Konstytucyjny na świecie*" (Surinam – el Tribunal Constitucional más joven en el mundo), en, la obra colectiva bajo la redaccion de B. Kowalczyk, K. Kulinska-Jachowska, L. Prus, M. Tabernacaka, *Prawo administracyjne jako miejsce spotkań. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Supernatowi*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 2024, pp. 307-317.

15 Uno de los motivos del despido del cargo de fiscal general —sí como de un miembro del poder judicial— puede ser "la constante falta de atención en el desempeño del cargo".

IX. Modelos de sistemas de gobierno

Al tomar en cuenta estos datos, surge la pregunta en qué tipo de sistema de gobierno se puede ubicar el orden constitucional de Surinam. Básicamente existen tres tipos de Gobierno; parlamentario (y como sus subsistemas de gabinete, o de canciller), presidencial (o presidencialista) y de comité (convención, asamblea nacional o de la unidad de poder).

A pesar de la definición del parlamento como "órgano supremo del Estado", su poder legislativo está limitado —directamente por la carta magna— debido a su ejercicio conjunto con el Gobierno. El poder de la Asamblea Nacional puede verse aún más limitado mediante el establecimiento de la llamada Asamblea Popular y el uso de la institución del referéndum. La importancia del máximo órgano legislativo se ve reforzada por la competencia para elegir al jefe de Estado y al vicepresidente, así como por el hecho de que el Primer Mandatario rinde cuentas ante la Asamblea Nacional.

X. Los rasgos esenciales del sistema parlamentario[16]

Dualismo del ejecutivo: junto al jefe de Estado, está el Gobierno como segundo órgano separado del poder ejecutivo, encabezado por el primer ministro.

Neutralización política del jefe de Estado, es decir, la persona que ocupa este cargo no es políticamente responsable ante el parlamento y no puede ser destituida por el parlamento.

Investidura parlamentaria del gobierno: para actuar, el ejecutivo debe obtener un voto de confianza del órgano representativo.

Responsabilidad política del Gobierno ante el parlamento. Su efecto práctico es la dimisión de todo el Gobierno o de sus miembros individuales.

[16] La presentación de los modelos de sistemas de gobierno y sus características fue tomada de Z. Witkowski (ed.), Prawo Konstytucyjne (Derecho Constitucional), Wydawnictwo "Dom Organizatora", 2013, pp. 70-79.

Existencia de una oposición institucionalizada (exclusión del monopartidismo).

La variante más famosa del régimen parlamentario es el sistema del canciller. Se caracteriza por tres modificaciones respecto al modelo inicial: *i)* posición fuerte del jefe de gobierno (canciller) y subordinación de otros miembros del gabinete a él. Los ministros están sujetos a las "directrices políticas" del Canciller y el parlamento no tiene voz en su nombramiento o destitución; *ii)* existencia del denominado voto de censura constructivo. El canciller solo podrá ser destituido si el parlamento nombra un nuevo candidato para este cargo por mayoría absoluta de votos, y *iii)* limitación de la capacidad del ejecutivo para disolver el parlamento.

El modelo presidencial se puede describir mediante 4 características: *i)* monismo ejecutivo, esto es la combinación de funciones del jefe de Estado con las del primer ministro; *ii)* separación de los poderes legislativo y ejecutivo: el primer mandatario no tiene iniciativa legislativa y el parlamento no puede destituir a un ministro, y mucho menos al presidente de la República; *iii)* controles y contrapesos mutuos. El jefe de Estado tiene derecho a suspender proyectos de ley. El derecho a dictar reglamentos. El presidente de la República y sus secretarios del gabinete son constitucionalmente responsables. No existe la institución de refrendo, y *iv)* sistema de partidos plural (ausencia de un partido único, existencia de oposición).

La acumulación excesiva de poder en manos del jefe de Estado se denomina sistema presidencialista.

El modelo de comité parlamentario —sistema de gobierno asambleario— puede caracterizarse por 7 rasgos: *i)* la preponderancia del Parlamento: el gobierno y el jefe de Estado están bajo su autoridad; *ii)* la dependencia del gobierno del parlamento en la materia de nombramientos, es decir, el jefe de Estado no posee de poderes de nominación respecto del ejecutivo; *iii)* la dependencia funcional del Gobierno del parlamento. El vínculo entre los poderes legislativo y ejecutivo no tiene dimensión estructural. El Gobierno aplica la legislación parlamentaria y la política estatal fijada por el parlamento; *iv)* la influencia insignificante del Gobierno en el funcionamiento del parlamento —solo a través de una iniciativa

legislativa o una solicitud para convocar una sesión extraordinaria del parlamento—; *v)* el acortamiento del mandato del parlamento únicamente por su propia resolución; *vi)* la responsabilidad política del jefe de Estado ante el parlamento: el presidente de la República puede ser destituido por el pleno del órgano representativo, y *vii)* la independencia del modelo de comité del sistema de partidos. Los Gobiernos asamblearios pueden funcionar en condiciones de partido único, bipartidismo o multipartidismo.

XI. Modelos mixtos

La mezcla de elementos provenientes de los modelos políticos clásicos condujo a la creación de un sistema semi presidencial con predominio de rasgos del modelo presidencial sobre el parlamentario o parlamentario-presidencial (predominio de componentes tomados del sistema asambleario de pleno poder del máximo órgano representativo). El primer sistema esta encarnizado o plasmado por el sistema político de Francia, diseñado por la constitución de la Quinta República.[17] El segundo modelo político fue particularmente visible en las constituciones de los Estados bálticos (Lituania, Letonia y Estonia) en la década de 1920.[18]

XII. Evaluación conclusiva del Gobierno de Surinam

Si miramos las clasificaciones expuestas desde el punto de vista del número de rasgos que están presentes en el sistema político

[17] Véase Ł Jakubiak, Francuski system rzadów z perspektywy sześćdziesięciu lat stosowania Konstytucji V Republiki (El sistema de gobierno francés desde la perspectiva de sesenta años de aplicación de la Constitución de la Quinta República), Białostockie Studia Prawnicze, 2029, vol. 4.

[18] Véase L. Garlicki y P. Łosowski, Introducción (wprowadzenie), en Constitución de Estonia (Konstytucja Estonii), Varsovia, 1997. Cabe señalar que la Constitución letona de 1922, debido a su restauración en vigor en la década de 1990, mantuvo el debilitamiento del ejecutivo en relación con al parlamento, es decir, conservó las características del distinguido modelo mixto. Véase también República de Letonia (Republika Łotewska), en P. Sarnecki (ed.), El sistema de la Unión Europea y los sistemas de los estados miembros (System Unii Europejskiej i ustroje państw członkowskich), Varsovia, 2007.

de Surinam, llama la atención la cercanía de este país al modelo de comité parlamentario. De las siete características del sistema de gobierno de la asamblea, seis están presentes en el sistema político de Surinam. En este país no existe una dependencia funcional del Gobierno del parlamento. La conexión entre los poderes legislativo y ejecutivo no tiene dimensión estructural. Por el contrario, existe una determinación conjunta de las políticas estatales por parte del parlamento y el Gobierno. La legislación pertenece conjuntamente al ejecutivo y al legislativo. De ser así, no parece correcto definir el sistema de gobierno de Surinam como un sistema de gobierno asambleario.

A su vez, definir el sistema político de Surinam como un modelo presidencial, porque la mayoría de las facetas del modelo presidencial están presentes en el pais estudiado sudamericano, tampoco es cognitivamente fructífero. No existe un control y equilibrio mutuo entre las autoridades. El presidente, sin tener veto suspensivo sobre los proyectos de ley dispone, sin embargo, del derecho a dictar reglamentos. En Surinam, no es posible responsabilizar constitucionalmente al primer mandatario o a sus jefes de departamentos ministeriales ("secretarios de Estado"). La institución del refrendo tampoco existe en el sistema en cuestión. Es difícil encontrar una variante extrema del sistema presidencial en Surinam, a saber, el presidencialismo. El lugar único de Desi Bouterse en la historia de Surinam independiente, no es suficiente para caracterizar este régimen como presidencial o tanto menos como presidencialista por antonomasia.[19]

En cuanto al sistema parlamentario de Gobierno, su funcionamiento está limitado no solo por la promulgación conjunta de leyes por el órgano representativo y el ejecutivo, sino principalmente por la posibilidad de establecer una Asamblea Popular. Este tipo de órgano representativo —paralelo a la Asamblea Nacional— está formado, además del parlamento "normal", también por consejos de distrito y departamentales. La Asamblea Popular se reúne cuando se necesitan 2/3 de los votos para modificar la Constitución en relación con los poderes y deberes de los miembros de varios órganos representativos, cuando no hay mayoría

[19] La mejor biografía de este líder surinamés fue escrita por Nina Jurna, *Desi Bouterse: een Surinaamse realiteit*, Editorial Conservación Uitgeverj, 2015.

en la Asamblea Nacional después de dos rondas de votación. La tercera competencia importante de la Asamblea Popular es la elección del presidente y vicepresidente de la república, cuando ninguno de los candidatos obtuvo la mayoría constitucional en la tercera votación, después de las dos votaciones anteriores. El organismo en discusión también participa en el proceso de destitución del jefe de Estado si el parlamento "ordinario" no logra obtener una mayoría absoluta.

La estructura de los órganos superiores, sobre todo si quisiéramos tratarlos como una separación de poderes, queda oscurecida por el Consejo de Estado. Por un lado, es un órgano asesor del poder ejecutivo, especialmente del presidente de la república, en el desempeño de sus funciones como jefe de Estado y jefe de Gobierno, y por otro, el Consejo de Estado es una institución que supervisa la correcta implementación de las decisiones parlamentarias (resoluciones) por parte del ejecutivo. La facultad de suspender órdenes del Consejo de Ministros (y órganos inferiores) que no contengan disposiciones de aplicación general si estos violan la Constitución, las leyes y el programa de gobierno, acerca el Consejo de Estado al poder judicial. Sin embargo, su composición corporativa (representantes de sindicatos, partidos y el ejército) no encaja bien con la tendencia contemporánea de enfatizar —hacer institucionalmente influyentes— las organizaciones no gubernamentales y los medios de comunicación en sentido amplio, incluidas las redes sociales.

Sería mejor describir el sistema político de Surinam moderno como una confusión de autoridades. Debido a la gran ambigüedad que caracteriza a este concepto, lo limitaré a la comprensión original, inicial del término, como desorden o confusión. En las ciencias sociopolíticas o jurídicas, el concepto referido significa un sistema político en el que uno de los tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) domina sobre los otros dos. En otro sentido, la confusión de poderes significa falta de equilibrio y división funcional entre los tres poderes.

Formalmente hablando, en Surinam existe lo que llamamos poder legislativo, ejecutivo y judicial. Sin embargo, una mirada más cercana a cada uno de estos tipos, nos hace conscientes de desviaciones mayores o menores del patrón. El poder legislativo no pertenece exclusivamente al parlamento y, en determinadas situaciones, el propio parlamento es sustituido por otro órgano

representativo. El poder ejecutivo es unipersonal, como en Estados Unidos. Sin embargo, el presidente de Surinam no tiene derecho de veto suspensivo sobre las leyes del parlamento. Además, no se le puede considerar constitucionalmente responsable. Sus reglamentos (actos jurídicos) no están sujetos a refrendo. Sus ministros no dependen de mayorías parlamentarias. El poder judicial también sorprende al incluir en su composición a la Fiscalía y al mismo tiempo excluir de su seno al Tribunal Constitucional. El aislamiento de este último órgano —o mejor dicho, su posición destacada— también resulta desconcertante debido a la posibilidad de que cualquier juez puede negar a aplicar una norma contraria a la ley o a los derechos constitucionales.

En este contexto el Consejo de Estado es un organismo —extraído del pasado profundo de los Países Bajos— con funciones de asesoramiento en la creación de disposiciones legales, con la simultánea competencia de suspender normas en caso de incumplimiento no solo de la Constitución o las leyes, sino también del programa de gobierno. Estas atribuciones del Consejo de Estado violan todos los preceptos relativos a la impenetrabilidad de las fronteras entre el poder legislativo, el ejecutivo y el sistema judicial. Además, su composición corporativa (representantes de las esferas política y social), resalta antes que nada la existencia de un centro de poder paralelo, si no superior, en el Estado. Esto es tanto más peligroso ya que los actos del Consejo de Estado se disfrazan de derecho y de legalidad.

En esta tesitura, el Tribunal Constitucional, de reciente creación, puede parecer un punto resplandeciente. Sin embargo, su composición poco numerosa, compuesta por personas para las cuales el trabajo en el Tribunal Constitucional no es exclusivo sino adicional, no augura para esta institución nada bueno. Su jurisprudencia hasta la fecha, algo alejada de la realidad del país[20], no puede crear un contrapeso a la confusión de autoridades y competencias esbozada. Sin embargo, creo yo, que este país merece una estructura más transparente de sus órganos y de sus funciones.

[20] Específicamente sobre asuntos morales (p/ej. matrimonios unisex). *Cfr.* mi artículo mencionado aquí, en la nota a pie de página número 14. Al tener contacto directo con este organismo, pude familiarizarme con algunas dificultades en la labor de esta institución. Hasta el momento el Tribunal Constitucional de Surinam ha dictado solo seis sentencias.

Referencias

Anton de Kom de la Universiteit van Suriname (Paramaribo): M. Silos, "Comments on 'Staat, politiek en democratie in Suriname 1975-2000' by Jack Menke", *Nationale ontwikkeling in regionale en international context*.

Durga Das Basu, *Introduction to the Constitution of India*, LexisNexis, 2015.

K. Poklewski-Koziełł, *Due process of law*, en W. Sokolewicz (ed.), *Instytucje i doktryny prawno-polityczne Stanów Zjednoczonych Ameryki (Zagadnienia wybrane)*, Ossolineum, 1974.

Krystian, Complak, "*Surinam - najmłodszy Trybunał Konstytucyjny na świecie*" (Surinam – el Tribunal Constitucional más joven en el mundo), en, la obra colectiva bajo la redaccion de B. Kowalczyk, K. Kulinska-Jachowska, L. Prus, M. Tabernacaka, *Prawo administracyjne jako miejsce spotkań. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Supernatowi*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 2024.

Ł Jakubiak, Francuski system rzadów z perspektywy sześćdziesięciu lat stosowania Konstytucji V Republiki (El sistema de gobierno francés desde la perspectiva de sesenta años de aplicación de la Constitución de la Quinta República), Białostockie Studia Prawnicze, 2029, vol. 4.

L. Garlicki y P. Łosowski, Introducción (wprowadzenie), en Constitución de Estonia (Konstytucja Estonii), Varsovia, 1997.

Nina Jurna, *Desi Bouterse: een Surinaamse realiteit*, Editorial Conservación Uitgeverj, 2015.

R. Hoefte, *Suriname in the long twentieth century. Domination, contestation, globalization*, Palgrave Macmillan, 2014.

Z. Witkowski (ed.), Prawo Konstytucyjne (Derecho Constitucional), Wydawnictwo "Dom Organizatora", 2013.

La legitimación desordenada del juez: la nueva y frágil construcción de la justicia constitucional mexicana

***

The legitimacy disorder of the judge: the new and fragile construction of Mexican constitutional justice

*Luisa Conesa Labastida**

Resumen: el presente ensayo destaca la relevancia de la organización del poder judicial para el ejercicio de la justicia constitucional, entendiéndola como un presupuesto del Estado de derecho. Lo anterior, de cara a la iniciativa de reforma constitucional presentada por el presidente de la República el 5 de febrero de 2024. En primer lugar, se aborda la división de poderes e independencia judicial. Posteriormente, se exhibe la tensión de la legitimidad democrática del poder judicial. Finalmente, se subrayan los desaciertos de la elección popular de los jueces a raíz de la experiencia comparada.

Abstract: this essay underscores the significance of the organization of the Judiciary for the constitutional justice, understanding it as a fundamental requirement of the Rule of Law. This, in view of the Constitutional reform Initiative presented by the President of the Republic on february 5, 2024. Firstly, the essay addresses the separation of powers and judicial in-

* Licenciada en Derecho por el ITAM y maestra en Derecho por la Universidad de Columbia. Socia fundadora de Conesa y Moreno Abogados (CYMA). Agradece a Andrés Alcántara Silva, Juan Pablo Del Río Peduzzi y María Paula Rodríguez Gaxiola por su invaluable ayuda para la redacción de este texto.

dependence. Subsequently, it explores the tension concerning the democratic legitimacy of the Judiciary. Finally, it highlights the shortcomings of the popular election of judges, drawing on comparative experiences.

Palabras clave: justicia constitucional, poder judicial, división de poderes, pesos y contrapesos, independencia, control, organización, juez, legitimidad, Estado, reforma, voto, elección.

Keywords: constitutional justice, judicial branch, separation of powers, checks and balances, independence, review, organization, judge, legitimacy, State, reform, vote.

Sumario: I. Introducción. II. Desarrollo. III. Conclusión. Referencias.

> La presente reforma no debilita al Poder Judicial ni merma su autonomía e independencia, sino que la fortalece a través de la legitimidad emanada del poder popular, cerrando la brecha sistémica que se había creado entre dicho poder y la sociedad, y restituyendo la confianza ciudadana en las instituciones y funcionarios judiciales que, lamentablemente, han caído en el desprestigio debido a los abusos y excesos de ciertas personas que se han resistido a entender la dimensión de la transformación que vive México y a confiar en la madurez política y la sabiduría de nuestro pueblo.[1]

I. Introducción

A juzgar por la frase en cita, la vocación legislativa de la iniciativa de reforma al Poder Judicial de la Federación (PJF) encierra, por decir lo menos, una contradicción: por un lado, identifica como

[1] "Iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de reforma del Poder Judicial", *Gaceta Parlamentaria*, 5 de febrero de 2024, *http://sil.gobernacion.gob.mx/Librerias/pp_ContenidoAsuntos.php?SID=df2d86344d42c25fcb1e5d06cf5dfb7a&Clave=4696973*

causa efectiva del descrédito en la impartición de la justicia la resistencia ante la vitalidad política del pueblo mexicano sin que ello, como segundo cuerno del dilema, aminore la independencia y autonomía como pilares en los que descansa la función jurisdiccional. Tal planteamiento es insostenible.

La fórmula para recuperar la confianza del ciudadano, en términos de la Iniciativa, es tripartita: *i)* "[E]stablecer que las y los ministros de la SCJN, las y los magistrados de circuito, las y los jueces de distrito y las y los magistrado del TEPJF serán electos por voto popular"; *ii)* "[M]odificar el diseño y estructura de los órganos disciplinarios", y *iii)* "[G]arantizar el derecho de acceso a una justicia pronta y expedita".[2]

El principal componente que atenta contra la lógica de la actual configuración de la justicia constitucional en México es la elección por voto directo de los integrantes del poder judicial federal. Dicho lo cual, es válido cuestionar: ¿se puede conciliar el grado de "legitimidad democrática" del juzgador federal con la imparcialidad y autonomía que es connatural a su función?

Para dar un tratamiento integral a dicha interrogante, este análisis se desdobla de la siguiente manera. Primero, desde una óptica teórica-dogmática, se explica *i)* la división de poderes como presupuesto del Estado de Derecho, con ello, se exhibe; *ii)* la tensión entre la legitimidad democrática y la función jurisdiccional, desde una perspectiva sociológica-política, identificando la representación y la legitimidad como dos fenómenos independientes que aquejan al papel del poder judicial, y *iii)* se describen los principales retos que ofrece la experiencia comparada —Estados Unidos y Bolivia— para contrastarlos con México.

A la fecha de redacción de este texto, la elección popular del poder judicial federal es inminente. Bajo esta afirmación, finalmente, se trazan algunas alternativas paliativas.

[2] *Ibidem*, pp. 1 y 2.

II. Desarrollo

2.1. Radiografía de la justicia constitucional: presupuesto para el Estado democrático de derecho

La justicia constitucional tiende a limitar y controlar el poder político en aras de evitar que su ejercicio sea arbitrario. Está compuesta por disposiciones, instituciones, principios y diversos mecanismos para hacer valer las normas constitucionales, aquellas que son origen y a su vez límite del Gobierno. Tiene a su cargo la prevalencia de la Constitución y, por ello, es presupuesto del Estado democrático de derecho.

Para entender el rol de la justicia constitucional y la manera en que su organización juega un papel fundamental en la preservación de los valores fundamentales de un Estado y, por tanto, de los derechos de los ciudadanos, es necesario entender diversas cuestiones en las que se ve inmersa, tales como la división de poderes. Asimismo, se deben analizar elementos sin los cuales no se puede ejercer la justicia constitucional, como lo son los medios de control y la función judicial.

2.1.1. La división de poderes y la independencia judicial

De acuerdo con Celis Quintal,[3] la división de poderes asume dos subprincipios para su funcionamiento: equilibrio, el cual se traduce en la paridad jerárquica entre los poderes, y el sistema de pesos o contrapesos (o de *checks and balances*), con los cuales se pretende que ningún poder se subordine a otro, fomentando que entre los cuales existan mecanismos de control y protección que dificulten la indebida y arbitraria injerencia de otro. La justicia constitucional es uno de esos mecanismos.

[3] Celis Quintal, Marcos, "El papel del Poder Judicial en el esquema de división de poderes de las entidades federativas", México, UNAM, 2005, p. 289, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1784/18.pdf*

Este principio es retomado en el Capítulo I del Título Tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) denominado "De la División de Poderes", específicamente en el artículo 49 el cual dispone que "el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial".

En la Acción de Inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2018 se concluyó que la norma constitucional exige un equilibrio entre los distintos Poderes del Estado y de las entidades federativas, a través de un sistema de pesos y contrapesos tendente a evitar la consolidación de un poder u órgano absoluto capaz de producir una distorsión en el sistema de competencias [...] o, como consecuencia de ello, una afectación al principio democrático, a los derechos fundamentales, o a sus garantías.

Se consideró que la división de poderes "es presupuesto fundamental para el goce efectivo de los derechos humanos" por lo que su transgresión por parte de uno de los Poderes resulta, a su vez, violatoria de los derechos que forman parte del parámetro de regularidad, así como de las garantías para su ejercicio y protección.

Tratándose de aspectos concernientes al Poder Judicial, el encargado de la justicia constitucional, el principio de división de poderes adquiere una connotación derivada de los aspectos normativos que pueden llegar a incidir en él. Lo que nos lleva a hablar de la independencia judicial.

Doctrinalmente este principio implica la liberación de la actuación de los jueces de toda dependencia y obstáculo, externo o interno. Se corresponde, a su vez, con el derecho de los ciudadanos de ser juzgados desde parámetros exclusivamente jurídicos y la obligación del judicial de someterse únicamente al imperio de la ley.

Así obtenemos que la independencia judicial es central para cualquier Estado democrático de derecho. Puesto que, por su naturaleza contramayoritaria, las y los jueces se erigen como los verdaderos límites de la arbitrariedad con que pudieran actuar los poderes políticos, de tal manera que se convierten en los guardianes de los preceptos y valores consagrados en el texto constitucional.

El artículo 17 de la Constitución establece 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", consagración textual de la independencia judicial.

Tal como se desprende de la citada Acción de Inconstitucionalidad 105/2018, tanto constitucional como convencionalmente, este principio se ha protegido como pilar de la democracia y como inherente al derecho de toda persona a acceder a una justicia imparcial, llevando aparejada diversas garantías, como el procedimiento de nombramiento, el plazo preestablecido de encargo y la irreductibilidad de las remuneraciones. Cualquier violación a alguna o a todas estas garantías, se deberá entender necesariamente como una violación a la independencia judicial.

Tanto el alto tribunal como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han definido que un requisito para la garantía y salvaguarda del acceso a la justicia es precisamente el contar con un poder judicial plenamente independiente.

En la Controversia Constitucional 35/2000 se estableció que "la violación de los principios de autonomía e independencia judicial implica necesariamente la violación al principio de división de poderes pues [...] es claro que la merma de la autonomía o en la independencia de un Poder Judicial [...] es una condición necesaria y suficiente de la ruptura del principio de división de poderes".

El principio de independencia judicial no solo busca garantizar el derecho de acceso a la justicia, sino que este implica necesariamente que se establezcan y respeten las reglas relativas a las garantías o principios que rigen la función judicial.

Lo anterior se traduce en que si bien el legislativo, en virtud de sus relaciones y atribuciones de coordinación con el judicial, puede intervenir en su integración y organización, debe llevarlo a cabo pensando siempre en evitar cualquier sospecha respecto de la efectiva independencia y autonomía judiciales.

2.1.2. El control constitucional

La columna vertebral de la justicia constitucional es el control de constitucionalidad, la facultad que tienen los poderes judiciales de analizar la regularidad de los actos de autoridad y las normas secundarias, fungiendo con ello como límite al ejercicio de las funciones de los otros dos poderes con el objeto de preservar los valores consagrados en el texto de la CPEUM.

Dicho control se ejerce a través de distintos mecanismos. En México, la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad, el juicio de amparo y los juicios en materia electoral, como el de protección de derechos civiles y políticos.

"Partiendo de la idea de que la Constitución Política es el fundamento de validez de todo el orden jurídico de un pueblo", dice Fix Zamudio, la defensa de la Constitución se traduce en aquellos instrumentos establecidos por los mismos constituyentes, para que las normas consagradas en la propia Constitución adquieran eficacia para que las disposiciones esenciales de la vida jurídica se cumplan efectivamente en la práctica, para que funcionen armónicamente los distintos organismos supremos del poder político y para que se respeten ineludiblemente los derechos.[4]

De ahí el *judicial review*, cuyas bases fueron sentadas por el Federalista número 78, y posteriormente cristalizado en *Marbury v. Madison*. El control de constitucionalidad, y en casos como el mexicano incluso de convencionalidad, está a cargo del poder judicial. Aquél que, como dice Hamilton, no tiene el poder de la bolsa como el legislativo ni el de la espada como el ejecutivo, sino únicamente el del discernimiento. Aun siendo the *least dangerous branch*, el judicial es el encargado de la salvaguarda de la Constitución y, por tanto, del Estado democrático de derecho.

[4] Fix Zamudio, Héctor, "La defensa de la Constitución", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, México, 2005, p. 139, *http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/59420*

2.1.3. El rol de las personas impartidoras de justicia en el Estado de derecho

La posición del juez es fundamental: tiene a su cargo la revisión y el control del actuar de los demás poderes para defender los derechos de los ciudadanos en el contexto del actuar estatal. Es el árbitro último de los conflictos institucionales del Estado y el gran definidor de los valores de una sociedad.

Por ello, los jueces deben perseguir dos objetivos primordiales: *i)* controlar al poder, lo que implica destrabar de la mejor manera posible los conflictos del Estado, y *ii)* expandir lo más posible el núcleo de derechos y libertades de los ciudadanos.

No obstante, para que el juez pueda cumplir con su labor, el ejecutivo y el legislativo deben respetar y garantizar su independencia. El primero, sin ejercer presión en las resoluciones judiciales. El segundo, mediante un diseño normativo que garantice su independencia, instrumentalizando los principios que rigen a la función judicial, delimitados por la SCJN, entre otros, en el Amparo en Revisión 152/2022:

1. Carrera judicial: regula el ingreso, formación y permanencia de los funcionarios para garantizar una administración de justicia eficiente y completa.
2. Inamovilidad: garantiza la independencia, que se instituye en el ejercicio de las funciones de las y los juzgadores, así como el principio de carrera judicial.
3. Estabilidad en el cargo: aspecto que garantiza la certidumbre desde el inicio del servicio público, cuyo principal objetivo no es la protección personal del funcionario, sino que se erige como una salvaguarda de la sociedad.
4. Profesionalismo y excelencia: los nombramientos se rigen por los antecedentes de eficiencia y probidad, garantizando que los funcionarios se conduzcan conforme a la ley en beneficio de la sociedad.

Luego, para que los jueces puedan ejercer correctamente el control de constitucionalidad en un marco de auténtica división de poderes, es necesario que todos los entes del Estado observen los principios que rigen la función judicial.

2.2. La tensión insuperable de la legitimidad democrática del Poder Judicial federal

El ejercicio de la justicia constitucional en un Estado de derecho suele detonar con frecuencia una crisis de legitimidad. El término "legitimidad" sirve tanto para la conceptualización jurídica como para la edificación de una sana vida democrática.

Para superar la correspondencia equívoca del término, resulta conveniente atender las categorías que hace notar Richard H. Fallon de dicho concepto: la "legitimidad legal", como perspectiva interna, obedece a que la normatividad se expida por las autoridades competentes y atendiendo los procedimientos previamente definidos; la "legitimidad sociológica" depende, desde una perspectiva externa, de la *aceptabilidad* del destinatario mediante la cual cuestiona si el sistema jurídico y las instituciones que de él derivan son dignos de respeto y obediencia.

Admitiendo ambas perspectivas, los fallos de los altos tribunales se califican de legítimos si sus métodos interpretativos son, por lo general, aceptables en la arista formal (legitimidad legal) y normativa (legitimidad sociológica). De tal suerte que los ordenamientos jurídicos no controviertan los valores encapsulados por las normas constitucionales, cuya vocación es permanente, es decir —a la inversa— ajena al clamor político que representa un régimen en funciones.[5]

En una idea: la legitimidad del juzgador reside en los argumentos vertidos en sus fallos, siempre y cuando coincida con la expectativa de la sociedad, materializada en el texto constitucional y sin desviarse de los procedimientos legales ordinarios.

La crítica a la legitimidad del poder judicial al ejercer el control de constitucionalidad ocurre, en el grueso de las veces, por las ineficiencias e injusticias de las decisiones judiciales. Esta dificultad parte de una objeción contramayoritaria, que cuestiona la facultad de la mayoría de los miembros del poder legislativo, en tanto la normatividad es propuesta por los representantes emanados de la voluntad popular.

---

[5] Fallon, Jr., Richard H., *Law and Legitimacy in the Supreme Court*, Cambridge, Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, 2018.

Se insiste: la legitimidad de la función jurisdiccional no se constriñe a la idiosincrasia de un Gobierno, sino a los valores que comprende el texto constitucional y, a su vez, del estricto apego a los procedimientos ordinarios para la producción normativa.

Así, ante la crítica del supuesto déficit democrático de las resoluciones del poder judicial, han surgido una serie de propuestas que insisten en diluir la dicotomía entre el control judicial de constitucionalidad frente a los principios democráticos.[6]

En la obra *Democracy and district, a theory of judicial review,* Ely desarrolla el "argumento procedimental". Esboza el papel de la judicatura como garante del proceso de representación, al sugerir que la función de la justicia constitucional no necesariamente recae en la determinación entre lo justo y lo correcto en un sentido sustantivo, sino en proteger y mantener la integridad de los mecanismos que garantizan una democracia.

Afirma que el ejercicio del control constitucional se justifica en tanto existan obstáculos formales o funcionales a la afirmación del poder político, como voluntad de las mayorías, cuya extensión irradie en las minorías cuyos intereses no están adecuadamente representados.[7]

Sugiere, asimismo, que las valoraciones que emiten los jueces pueden ser consideradas como más razonables que aquellas manifestadas por los integrantes del poder legislativo, en la medida en que este está sujeto a las políticas partidistas y a sus legítimos intereses de reelegirse, lo cual resulta en un menoscabo de la objetividad.

Los jueces son, en cambio, espectadores con la neutralidad suficiente para tener mayor confianza en sus valoraciones. Un aspecto crucial en la teoría antes descrita recae en la idea de neutralidad judicial, evitando imponer opiniones políticas o morales:[8] la garantía de objetividad o imparcialidad.

---

6 Waldron, Jeremy, "The core of the case against judicial review", *The Yale Law Journal*, 2006, pp. 1346-1406.

7 González Oropeza, Manuel, "Ely, John Hart, democracy and district, a theory of judicial review", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 1, núm. 53, 1985, *https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.1985.53.2102*

8 *Idem*.

La revisión judicial fortalece la representación política, el juzgador vigila el procedimiento democrático a efecto de que el sistema funcione de manera imparcial e inclusiva, claro está, atendiendo los intereses de las minorías acogidos por el texto constitucional. Solo así se logra compatibilizar el componente constitucional con el democrático, los jueces son los guardianes de las reglas para asegurar los ideales de representación y deliberación.

Con estos insumos se examina la propuesta presidencial de modificación al proceso de designación de los integrantes del Poder Judicial de la Federación.

2.2.1. Ministros de la Suprema Corte

El proceso actual de designación, como lo dispone el artículo 96 de la Constitución Federal, se divide en dos etapas: *i)* preselección de candidatos por el ejecutivo federal, en el cual somete una terna de aspirantes al Senado para cubrir cada plaza vacante; *ii)* elección y nombramiento por parte del Senado, el cual, luego de examinar la terna, debe adoptar una decisión por mayoría calificada.

El presidente queda facultado para elegir quién ocupará el cargo en dos escenarios, si el Senado *i)* no resuelve en el plazo establecido o si, *ii)* rechaza la totalidad de los integrantes de la terna, en cuyo caso el ejecutivo propone una segunda; si esta se rechaza, designa al nuevo ministro de entre las personas propuestas en ella. Un sistema imperfecto, en el cual el ejecutivo designa directamente al nuevo ministro.

La iniciativa pretende modificar el proceso de designación, mediante una elección nacional, conforme al siguiente procedimiento:

1. Convocatoria y bases de la elección. El Senado emite la convocatoria para la integración del listado de candidatos el primer día del periodo ordinario de sesiones del año anterior al de la elección.
2. Postulación de las candidaturas. El ejecutivo postulará de manera paritaria hasta diez aspirantes; cada Cámara del

Congreso de la Unión postulará hasta cinco aspirantes mediante votación calificada de sus integrantes presentes; el poder judicial federal, por conducto del Pleno de la Suprema Corte, postulará hasta 10 aspirantes por mayoría de 6 votos.

3. Aprobación de postulaciones. El Senado recibe las postulaciones y verifica que las candidaturas cumplan los requisitos de elegibilidad; posteriormente, las remite al órgano electoral a efecto de que organice el proceso electivo.
4. Cómputo y resultado electoral. El órgano electoral, tras realizar el cómputo de votos, lo comunica al Senado, quien de inmediato realiza y publica la suma para conocimiento de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial, la cual, a su vez, calificará el proceso y declarará los resultados.

Por deficiencia en su redacción, la propuesta de reforma al texto constitucional admite dos interpretaciones respecto al total de candidatos por vacante: *i)* 30 respecto a los 9 ministros que serán electos, o bien *ii)* 270 candidatos por los 9 encargos.

2.2.2. Designación de jueces de distrito y magistrados de circuito

Al método actual lo rige la carrera judicial. Se accede al cargo mediante concurso de oposición, cuya evaluación corresponde a un jurado, cuyo presidente declarará a los vencedores informándolo al Consejo de la Judicatura para realizar los nombramientos y publicarlos en el *Diario Oficial de la Federación*.

La Iniciativa propone el voto directo. El Órgano de Administración Judicial deberá remitir un listado con el número total de vacantes, la especialidad y el circuito judicial de cada una. Cada poder de la unión podrá proponer hasta 2 personas por cada vacante: el ejecutivo mediante la presidenta, un aspirante por cada Cámara mediante mayoría calificada y el judicial a través del voto de seis ministros del Pleno de la Corte.

2.3. Aprendizajes de la experiencia comparada

La elección por voto directo, dentro del entramado de posibilidades para designar jueces y magistrados del poder judicial, en la actualidad se lleva a cabo en un grupo selecto de países; la exposición de motivos de la iniciativa destaca los casos de Estados Unidos y Bolivia.

Previo a entrar a un examen pormenorizado de cada uno de ellos, la experiencia en estas jurisdicciones subraya la falta de imparcialidad en la función jurisdiccional, cuyo punto de contacto consiste en el impacto de las presiones electorales en las resoluciones de los jueces que se encuentran en campaña, ya sea en por vez primera o en relección, manifestándose en sentencias que buscan lograr mayor difusión política.

2.3.1. Bolivia

Adopta el sistema de nombramiento mediante voto popular en 2009, posterior a la ratificación de su nueva Constitución. Los magistrados del Consejo de la Judicatura, los Tribunales Constitucionales, Agroambiental y de Justicia se eligen por sufragio universal directo, el cual se efectuará cada seis años, sin derecho a reelección.[9]

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresó su preocupación ante el debilitamiento del sistema de justicia de Bolivia, incitando a la Asamblea Legislativa a "adoptar medidas efectivas para garantizar la independencia de los poderes [...] en cumplimiento de los estándares interamericanos".[10]

---

[9] Molina, Fernando, "Las elecciones judiciales en Bolivia que López Obrador quiere para México: de la politización al conflicto entre poderes", *El País*, 8 de junio de 2024, *https://elpais.com/mexico/2024-06-09/las-elecciones-judiciales-en-bolivia-que-lopez-obrador-quiere-para-mexico-de-la-politizacion-al-conflicto-entre-poderes.html*

[10] Corte IDH, Comunicado de Prensa 223/203, 26 de septiembre de 2023, *https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/La%20adopci%C3%B3n%20de%20este%20sistema%20tiene%20su%20fundamento%20en%20lograr%20que%20el%20procedimiento%20de%20elecci%C3%B3n%20sea%20solo%20pol%C3%ADtico%20logrando%20la%20legitimidad%20de%20los%20jueces.cidh/prensa/comunicados/20*

Sin afán de exhaustividad, la elección popular se tradujo en los siguientes desaciertos para el Estado de derecho: primero, la elección popular no favoreció la democracia participativa ni la legitimidad de los juzgadores: *i)* en 2011 los votos nulos y blancos fueron casi del 60%, *ii)* en 2017 fueron del 66% con motivo de la captura política de los tribunales; segundo, la elección popular no solucionó los problemas estructurales en la impartición de justicia (en la actualidad existen treinta mil personas privadas de la libertad de los cuales un 70% se encuentra en prisión preventiva en espera de sentencia); tercero, el movimiento oficialista impuso a la mayoría de las candidaturas; cuarto y último, el proceso legislativo, en diversas ocasiones, se ha paralizado por conflictos con el poder judicial.[11]

2.3.2. Estados Unidos

Los jueces locales son los únicos que se eligen mediante el voto popular. Los jueces federales son designados al igual que los miembros de la *Supreme Court of Justice,* a propuesta del presidente y con la aprobación del Senado.

Pero la diferencia fundamental, por la cual el modelo estadounidense no sirve de referencia para emplear el voto popular de jueces en México, es que los jueces locales de Estados Unidos no ejercen un control concentrado de constitucionalidad pues no hay instancia en la que el objeto del control sea cuestionar el actuar de la autoridad, ya sea mediante actos concretos o normas. En México, los juzgadores federales sí llevan a cabo dicho control.

Como se ha expuesto, la labor contramayoritaria es inherente a la naturaleza de los jueces en nuestro país. Y en el control concentrado parte de la labor judicial es, precisamente, contramayoritaria.

Si un juez se somete al voto popular, la única forma de permanecer en el cargo es la mayoritaria, lo que comprometería sus decisiones a cumplir con el clamor popular, no obstante, los jueces constitucionales no son representantes populares.

[11] *Idem.*

III. Conclusión

La iniciativa de reforma constitucional de 5 de febrero de 2024 implica un cambio de paradigma en la justicia constitucional mexicana. No porque modifique los medios de control constitucional, sino por los cambios que implica en la estructura y funcionamiento del PJF.

La piedra angular de la iniciativa es la elección mediante voto directo de la ciudadanía de las y los ministros de la Suprema Corte, de las y los magistrados de todas las salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, de las y los magistrados de circuito, de las y los jueces de distrito y de los integrantes del Tribunal de Disciplina Judicial, que sustituiría en algunas de sus atribuciones al Consejo de la Judicatura Federal. De las demás se encargaría el Órgano de Administración Judicial.

Todo ello, en elecciones concurrentes con el resto de los cargos de elección popular: presidencia de la república, ambas cámaras del Congreso de la Unión y los integrantes de los poderes de cada entidad federativa.

Sin embargo, como se ha expuesto, modelos como el estadounidense no son directamente comparables con el que plantea la iniciativa por las diferencias en el diseño del control de constitucionalidad. Por otro lado, modelos como el boliviano han demostrado que la elección popular de todos los jueces federales lejos de coadyuvar a la división de poderes implica una pérdida de independencia judicial.

Lo cual no significa que el poder judicial federal mexicano no deba ser sometido a un análisis que pueda derivar en su reforma. Sin duda, hay grandes retos en la justicia mexicana, no solo en la constitucional, que deben ser atendidos. Uno de ellos, el proceso de selección de ministras y ministros. Sin embargo, la elección popular de los jueces federales no es la respuesta.

Gran parte de la crítica que ha recibido el alto tribunal deriva del cuestionamiento de su legitimidad democrática al ser el judicial el único poder que no es elegido de manera directa por la ciudadanía. No obstante, una mejor práctica sería la adopción de un método que asegure que las propuestas de los tres poderes estarían representadas en el alto tribunal. Es decir, que en la elec-

ción las candidaturas sean clasificadas conforme al poder que los propuso.

Lo anterior es denominado por el *Brennan Center for Justice* como una nominación difusa, la cual brinda la certeza de que ni una sola fuente (ninguno de los tres poderes) tendría más injerencia, a través de sus nominados, sobre el tribunal constitucional.[12]

Otra propuesta es la conformación de comisiones plurales de nominación, compuestas por miembros de los tres poderes de la unión, la academia, facultades de derecho, colegios de abogados y la sociedad civil, lo que permitiría una evaluación objetiva de los perfiles previo a su postulación.

Por lo que respecta a las y los magistrados de circuito y las y los jueces de distrito, debe seguir imperando la carrera judicial. El artículo 94 constitucional en su octavo párrafo, en relación con la Ley de Carrera Judicial, establece que para acceder al cargo de juez de distrito o magistrado de circuito se deberán realizar concursos de oposición. Este método permite la profesionalización de los jueces, la cual, se recuerda, es un principio que rige a la función judicial.

No obstante, la iniciativa de reforma constitucional prevé también la elección popular de las y los titulares de los juzgados de distrito y los integrantes de los tribunales colegiados de circuito. En este caso, cada poder de la unión podrá proponer hasta 2 personas por cada vacante. el ejecutivo mediante la presidenta; una persona por cada Cámara del Congreso mediante mayoría calificada; y, dos personas propuestas por el voto de al menos seis ministros del Pleno del alto tribunal.

En última instancia, la injerencia política en el poder judicial de los poderes de la unión que son elegidos mediante voto directo, el ejecutivo y el legislativo, pone en riesgo la independencia judicial.

Ejemplo de ello el caso de Bolivia, ya expuesto. Particularmente, la paralización del procedimiento legislativo, colocando los intereses políticos de las y los juzgadores por encima de las

[12] Bannon, Alicia, "Choosing state judges: a plan for reform", Estados Unidos de América, 2018, *https://www.brennancenter.org/our-work/policy-solutions/choosing-state-judges-plan-*

reglas del proceso democrático, a fin de asegurar su encargo. La legitimidad, en la teorización de Ely, se esfuma.

Como se ha desarrollado a lo largo de este ensayo, la justicia constitucional es presupuesto para el Estado democrático de derecho al estar a su cargo el control de constitucionalidad que permite, mediante el escrutinio de los actos de autoridad y las normas inferiores a la Constitución, el pleno ejercicio de las libertades y derechos.

Atendiendo a la división de poderes, la organización del PJF es fundamental para el correcto despliegue de la justicia constitucional. De ahí la importancia de revisar y reformar lo que sea necesario, sin atisbos, pero sin poner en riesgo la independencia judicial.

Referencias

Bannon, Alicia, "Choosing state judges: a plan for reform", Estados Unidos de América, 2018.

Celis Quintal, Marcos, "El papel del Poder Judicial en el esquema de división de poderes de las entidades federativas", México, UNAM, 2005.

Fallon, Jr., Richard H., *Law and Legitimacy in the Supreme Court*, Cambridge, Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, 2018.

Fix Zamudio, Héctor, "La defensa de la Constitución", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, México, 2005.

González Oropeza, Manuel, "Ely, John Hart, democracy and district, a theory of judicial review", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 1, núm. 53, 1985.

Molina, Fernando, "Las elecciones judiciales en Bolivia que López Obrador quiere para México: de la politización al conflicto entre poderes", *El País*, 8 de junio de 2024.

Waldron, Jeremy, "The core of the case against judicial review", *The Yale Law Journal*, 2006.

A justiça militar da união e as constituições brasileiras

***

The military justice of the union and the Brazilian constitutions

*Lúcio Mário de Barros Góes**

Resumen: la justicia Militar de la Unión es una justicia especializada, integrada por ministros y jueces civiles y militares en la aplicación del derecho penal militar. Perteneciente al poder judicial brasileño según lo previsto en la Constitución de la República Federativa de Brasil, su existencia surge de las especialidades de las Fuerzas Armadas y tiene como objetivo mantener el bien jurídico protegido: jerarquía y disciplina.

Resumo: a Justiça Militar da União é uma justiça especializada, composta por Ministros e Juízes civis e militares quando da aplicação da lei penal militar. Pertencente ao Poder Judiciário brasileiro conforme previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, sua existência decorre das especificidades das Forças Armadas e tem como finalidade a manutenção do bem jurídico tutelado: a hierarquia e a disciplina.

Abstract: the Military Justice of the Union is a specialized justice, composed of civil and military ministers and judges when applying military criminal law. Belonging to the Brazilian Judicial Power as provided in the Constitution of the Federative

* Ministro do Superior Tribunal Militar.

Republic of Brazil, its existence arises from the specificities of the Armed Forces, and its purpose is to maintain the protected legal asset: hierarchy and discipline.

Palabras clave: poder judicial, justicia militar, Constitución.

Palavras-chave: poder judiciário, justiça military, Constituição.

Keywords: judiciary, military justice, Constitution.

Sumário: I. Introdução. II. Antecedentes históricos. III. A Justiça Militar da União no Período Imperial (1822-1889) e a Constituição de 1824. IV. A Justiça Militar da União no Período Republicano e as Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967. V. A Justiça Militar da União nos dias de hoje e a Constituição de 1988. VI. Considerações Finais. Referências.

I. Introdução

A Justiça Militar da União, ramo do Poder Judiciário brasileiro, é uma Justiça especializada, como são as Justiças do Trabalho e a Eleitoral, que, neste ano, completa 216 anos de existência, sendo considerada a Justiça mais antiga do Brasil. Ao longo do tempo, desde sua criação em 1º de abril de 1808 até os dias atuais, tem trabalhado para prestar serviços jurisdicionais de relevância para a sociedade brasileira, tendo papel destacado na garantia do devido processo legal e dos direitos humanos.

Os órgãos que constituem as duas instâncias da Justiça Militar da União, denominação que damos à Justiça Militar Federal, são o Superior Tribunal Militar e as Auditorias de Primeira Instância, ambos funcionam no sistema de escabinato, onde juízes civis e juízes militares realizam as sessões de julgamento, a exceção do julgamento de crime praticado por civis, sendo estes de competência exclusiva, na primeira instância, de instrução e julgamento do Juiz Federal da Justiça Militar. Nos demais crimes envolvendo militares os julgamentos são realizados pelos Conselhos de Justiça, compostos por militares, cuja presidência é exercida pelos

Juízes Federais e Juízes Federais Substitutos da Justiça Militar, civis que ingressam na Justiça Militar da União mediante concurso público de provas e títulos.

Inicialmente, o presente artigo aborda algumas considerações sobre os antecedentes históricos da Justiça Militar brasileira e, posteriormente, discorre acerca da sua organização, composição e competência desde o período imperial (1808 – 1889) até os dias de hoje. Na linha do tempo, já no período republicano, veremos um retrospecto dessa justiça especializada, tendo como base as Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967.

A seguir, apresenta de forma sucinta alguns aspectos da Constituição da República de 1988, abordando, ainda, com base nesta Carta Política, a estrutura atual da Justiça Militar da União para cumprir sua missão constitucional, sinalizando que mesmo evoluindo no seu *modus operandi*, manteve os princípios básicos desde sua criação.

Finalmente, conclui que a mais alta Corte de Justiça Militar do Brasil está integralmente dentro do Poder Judiciário, seguindo plenamente os preceitos e princípios basilares do direito penal brasileiro, especialmente os do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, tutelando, dessa forma, os princípios basilares da hierarquia e da disciplina no seio das Forças Armadas.

II. Antecedentes históricos

Desde a antiguidade, a existência de um exército formalmente constituído pressupõe a necessidade da presença de uma justiça militar. Assim, após o descobrimento, ainda no período em que o Brasil era Colônia de Portugal, os portugueses já utilizavam, em eventuais quebras do código de conduta militar, a lei penal militar que vigorava em Portugal: as Ordenações Filipinas e os Artigos de Guerra do Conde de Lippe que previam penas extremamente severas para as transgressões disciplinares.

Dessa forma, objetivando a boa administração da justiça criminal, a fim de permitir maior celeridade, regularidade e exatidão nos processos, o Príncipe Regente de Portugal D. João VI, por meio de Alvará com força de lei, instituiu em 1º de abril de

1808, um foro especial para os delitos militares, criando o Conselho Supremo Militar e de Justiça sediado, inicialmente, no Rio de Janeiro, centro político, administrativo e financeiro do País, que tinha como objetivo apreciar todas as matérias que pertenciam aos Conselhos de Guerra, do Almirantado e do Ultramar.

Assim, antes mesmo da total independência do Brasil, por ocasião da vinda da família real portuguesa para nosso país, em função da invasão da península ibérica por Napoleão, o Brasil era elevado à categoria de Reino Unido a Portugal, sendo criado o Conselho Supremo Militar e de Justiça, que foi a raiz da Justiça Militar no Brasil. É, portanto, considerado o mais antigo tribunal superior do País.

O Conselho Supremo Militar e de Justiça integrava a alta burocracia da Corte, e seus membros eram nomeados pela Coroa, que assim mantinha total controle sobre seu funcionamento. Esse Conselho tinha tanta importância, que, até a Proclamação da República, seus presidentes eram os próprios Chefes de Estado. Assim, a primeira Presidência foi exercida por D. João VI, Rei de Portugal, e, após a independência, pelos Imperadores D. Pedro I e D. Pedro II. Com a proclamação da República, em 1889, os primeiros Presidentes do Brasil, o Marechal Deodoro da Fonseca e o Marechal Floriano Peixoto, foram, também, Presidentes do Conselho Supremo Militar e de Justiça.

Essa organização permitia uma dupla atividade: uma, administrativa, que cuidava da lavratura de cartas-patentes, promoções, reformas, transferências, requerimentos, problemas de soldos e pensões dos militares; e outra na esfera criminal dedicada ao julgamento do que era entendido como crime militar. Para esta atividade judicante, a composição do Conselho para a realização dos julgamentos ocorria na forma do escabinato, modelo este constituído por três juízes togados e militares que traziam a experiência da Caserna, configuração que perdura até os dias de hoje.

III. A Justiça Militar da União no período Imperial (1822-1889) e a Constituição de 1824

A Justiça militar da União ao longo de sua existência foi aplicada de modo diverso, de acordo com a época de cada fato histórico.

No Império, mesmo com o advento da Independência, as instituições de origem portuguesa criadas por D. João VI quando de sua chegada ao Brasil permaneceram, entre elas, o próprio Conselho Supremo Militar e de Justiça.

Nesse período monárquico, a influência da Justiça Portuguesa foi sempre sentida e era explícito o prevalecimento da vontade do Imperador em vários episódios da vida nacional, como pode ser constatado, por exemplo, na Confederação do Equador (1824), na qual o Monarca determinava a execução sumária de revoltosos após o julgamento pela Comissão Militar instalada, bem como a ausência de códigos e regulamentos disciplinares bem definidos, prevalecendo o rigor da Justiça do Comandante que se caracterizava pelos castigos corporais excessivos.

No dia 25 de março de 1824, entrou em vigor a Constituição do Império do Brasil, a primeira da nossa história, dando início ao constitucionalismo brasileiro. Outorgada pelo imperador Dom Pedro I, a Carta de 1824 estabeleceu no Brasil uma monarquia constitucional hereditária e foi inspirada no liberalismo conservador, garantindo amplos poderes ao monarca. Sua vigência alcançou 65 anos, a mais longeva Constituição do país.

A Carta de 1824, não tratou diretamente sobre a Justiça Militar da União e, dessa forma, o Conselho Supremo se manteve guiado pelos mesmos princípios do período anterior, sem alterar o nome e desempenhando as mesmas funções.

Vale destacar que em 1830, foi editado o Código Criminal, primeiro código penal brasileiro, marco importante para a organização e aplicação da lei penal no jovem império, o qual em seu artigo 308 estabelecia que crimes puramente militares fossem julgados de acordo com as leis respectivas. Sancionado poucos meses antes da abdicação de D. Pedro I, em 16 de dezembro de 1830, vigorou até 1891.

Nesse período a Justiça Militar brasileira, pela primeira vez, atuou fora do território nacional, durante a Guerra do Paraguai (1864-1870), onde foram instaladas as Juntas de Justiça Militar atuando como instâncias máximas e os Conselhos de Guerra operando na Primeira Instância. O presidente da Junta era um bacharel formado em Direito ou um oficial general designado pelo Governo.

Durante a Guerra do Paraguai foram julgados cerca de 120 crimes, tendo como maior incidência os crimes de insubordinação, deserção, desobediência e desrespeito a superior, tendo, ainda, como base para os julgamentos, os Artigos de Guerra do Conde de Lippe. Cabe ressaltar, que muitas transgressões jamais chegaram à Justiça Militar, pois eram utilizados castigos corporais na própria tropa, sob o princípio de que a demora na punição enfraquecia a autoridade militar.

IV. A Justiça Militar da União no Período Republicano e as Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967

Com a queda da monarquia em 1889, a Carta de 1891 foi a segunda constituição do país e a primeira do período republicano, marcando a transição da monarquia para a república e tornando-se a primeira Constituição a incorporar valores republicanos. Além de delinear as bases institucionais do novo regime, como o presidencialismo e o federalismo, estabeleceu a efetiva doutrina de separação de poderes, alçando o Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula da Justiça brasileira.

Entretanto, ao organizar o poder Judiciário, a Constituição de 1891, ainda não contemplava a Justiça Militar, prevendo apenas em seu artigo 77 a existência de foro especial para os delitos militares, bem como que este foro seria composto pelo Supremo Tribunal Militar, cujos membros seriam vitalícios, e dos conselhos necessários para a formação da culpa e julgamento dos crimes. Previa também que a organização e atribuições do Supremo Tribunal Militar seriam reguladas por lei.

Desse modo, o antigo Conselho Supremo Militar e de Justiça foi extinto, ficando a partir de então, o Supremo Tribunal Militar e a Justiça Militar, sob o manto da nova Constituição, alçados à categoria de órgãos judicantes, de natureza especial, porém ainda não integrados na estrutura do Poder Judiciário e sim atrelados ao Poder Executivo.

Assim, o Decreto Legislativo 149, de 18 de julho de 1893, cria o Supremo Tribunal Militar, composto de quinze membros

vitalícios, sendo oito do Exército, quatro da Armada e três juízes togados e, conforme previsto nos parágrafos 5º e 6º do artigo 5º, amplia sua competência administrativa: "*§ 5º Consultar com seu parecer as questões que lhe forem afetas pelo Presidente República, sobre economia, disciplina, direitos e deveres das forças de terra e mar e classes anexas. § 6º Mandar expedir as patentes militares dos oficiais efetivos reformados, honorários e classes anexas*".

Vale sublinhar que, em 1920, pelo Decreto 14.450, de 30 de outubro de 1920, que tratava da organização judiciária e do processo militar em todo o país, nasce o embrião da assistência judiciária federal na Justiça Militar, tendo naquela oportunidade, pioneiramente, a Justiça Militar da União instituído a Defensoria-de-Ofício, que veio a ser incorporada à estrutura atual da Defensoria Pública da União, criada pelo texto constitucional de 1988.

A constituição de 1934 foi redigida com a finalidade de "*organizar um regime democrático, que assegure à Nação, a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico",* segundo o próprio preâmbulo. Com o advento desta nova Carta, a Justiça Militar da União, conforme previsto no artigo 63 passou a integrar o Poder Judiciário, migrando, naquela época, da esfera administrativa para a judicial, evitando-se dessa forma qualquer risco de corporativismo. Altera a sua competência, passando a prever, com exclusividade, o processamento e julgamento de crimes militares, permanecendo, dessa forma, no Supremo Tribunal Militar somente a atividade judicante. Estava, desta forma, consolidada uma Justiça Especializada, absolutamente independente.

É importante observar, também, que a Carta Magna de 1934, em seu artigo 84, estendia aos civis o foro militar, nos casos expressos em lei, para a repressão dos crimes contra a segurança externa do País, ou contra as instituições militares, a saber:

> Art. 84. Os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas terão fôro especial nos delictos militares. Este fôro poderá ser estendido aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do Paiz, ou contra as instituições militares.

Com a promulgação da Constituição de 1937, outorgada pelo presidente Getúlio Vargas, em 10 de novembro, a Justiça Militar da União manteve as mesmas atribuições da Carta de 1930, no que se refere à segurança externa do país. Entretanto, era estendida aos civis a jurisdição militar sobre crimes contra a Segurança Interna.

O Supremo Tribunal Militar não sofreu modificações quanto à sua estrutura e sede. Contudo, no ano seguinte, pelo Decreto-Lei nº 925, de 2 de dezembro de 1938, foi instituído o Código da Justiça Militar, que reestruturou a Justiça Militar, traçando sua competência, composição e organização. Assim, conforme o Art. 8º do referido Decreto, o Supremo Tribunal Militar passa a ser integrado por 11 (onze) juízes vitalícios, a exemplo do STF, nomeados pelo Presidente da República, dos quais quatro escolhidos entre os generais efetivos do Exército, três dentre os generais efetivos da Armada e quatro civis.

No período de setembro de 1944 a maio de 1945, o Brasil participa da II Guerra Mundial, com uma Força Expedicionária. Após a declaração de guerra contra os países do Eixo e a intenção do governo brasileiro de enviar tropas para o combate na Europa, começou-se a discutir a possibilidade de modificação da legislação penal militar vigente para que a atuação da Justiça Militar tivesse papel decisivo na manutenção da ordem e da disciplina militares, pilares da atuação das Forças Armadas. Com base no artigo 180 da Constituição de 1937, o Presidente Getúlio Vargas decidiu organizar uma justiça militar singular para atuar junto à Força Expedicionária Brasileira, instituindo um novo Código Penal Militar para as Forças Armadas, com a edição do Decreto-Lei nº 6.227, de 24 de janeiro de 1944, que vigorou até janeiro de 1969.

A Justiça Militar foi organizada para atuar no Teatro de Operações em três níveis: o Conselho Supremo de Justiça Militar como instância superior, com competência para julgar oficiais-generais e coronéis, receber apelações de instâncias inferiores e julgar embargos; Os Conselhos de Justiça, criados para cada caso e dissolvidos logo em seguida, para julgar oficiais até o posto de tenente-coronel e duas Auditorias para o indiciamento e julgamento de praças e civis. Durante esse período, o crime de

deserção foi o mais praticado, tendo as duas Auditorias julgado, no Teatro de Operações da Itália, um total de 238 crimes, dos quais dois homicídios dolosos.

Sendo a quarta Carta Constitucional da história republicana, a Constituição de 1946, trouxe pequenas mudanças para a estrutura da Justiça Militar, permanecendo inalterada sua organização, composição e competência. Contudo, os constituintes decidiram alterar, conforme previsto no artigo 106 da referida Carta, a sua denominação para Superior Tribunal Militar (STM), vigente até os dias de hoje.

A Constituição da República de 1967 dispõe em seu artigo 121 a nova composição Corte, conforme já previsto no Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, composição esta ratificada na Carta Republicana de 1988.

> Art 121 - O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo três entre oficiais-generais da ativa da Marinha de Guerra, quatro entre oficiais-generais da ativa do Exército, três entre oficiais-generais da ativa da Aeronáutica Militar e cinco entre civis.

Ainda, nessa Carta Política, o Superior Tribunal Militar passa a ter competência, de forma originária, para processar e julgar os Governadores de Estado e seus Secretários, nos crimes contra a segurança nacional, ou às instituições militares, conforme previsto no paragrafo 2º do Art. 122.

Posteriormente, em 1969, ocorreu importante consolidação dos instrumentos da legislação penal militar, com a publicação dos Códigos Penal Militar (CPM) e de Processo Penal Militar (CPPM), por meio dos Decretos-Lei nº 1001 e 1002, respectivamente, ambos de 21 de outubro de 1969. Convém salientar que o Código Penal Militar, atualizado recentemente pelas Leis nº 13.491, de 13 de outubro e 14.688, de 20 de setembro, as duas de 2023, discrimina no seu artigo 9º os crimes militares.

V. A Justiça Militar da União nos dias de hoje e a Constituição de 1988

Conhecida como Constituição Cidadã, a Carta que rege o país nos dias atuais foi promulgada no dia 5 de outubro de 1988. Seu texto decorre dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, instalada em 1° de fevereiro de 1987, que contou com grande participação dos mais diversos setores da sociedade. A Constituição de 1988 trouxe inovações relevantes visando à proteção de direitos e garantias fundamentais e sociais, conforme citação contida no seu preâmbulo:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

A Carta Magna de 1988 consagrou para a Justiça Militar brasileira a sua atual organização, composição e competência, conforme consta da Seção VII, Dos Tribunais e Juízes Militares, assim definindo:

> Art. 122. São órgãos da Justiça Militar:
>
> I - o Superior Tribunal Militar;
>
> II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.
>
> Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.
>
> Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade, sendo:

I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;

II - dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

Em termos constitucionais, o primeiro destaque a ser feito diz respeito ao artigo 124 da Carta Magna, que discrimina que a Justiça Militar brasileira processará e julgará os crimes militares definidos em lei. Portanto, a Constituição remete à lei ordinária a discriminação dos crimes militares. Daí advém um dado importante: a Justiça Militar julga os delitos capitulados como militares, ou seja, julga em razão da matéria, e não da pessoa.

Ainda, nesse sentido, a Carta Política disciplina a competência da Justiça Militar da União, conforme previsto no Art. 124, bem como a sua organização nos Arts. 122 e 123 do mesmo texto constitucional e na matéria regulamentada pela Lei n° 8.457, de 04 Set 1992 (Lei de Organização Judiciária Militar), alterada recentemente pela Lei 13.774, de 19 Dez 2018, estando constituída por:

I - Superior Tribunal Militar (STM);
II - Corregedoria da Justiça Militar
II-A – Juiz-Corregedor Auxiliar
III - Conselhos de Justiça;
IV - Juízes Federais da Justiça Militar e Juízes Federais Substitutos da Justiça Militar.

Dessa forma, o Superior Tribunal Militar, com sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional, para cumprir sua missão constitucional, atua como um órgão colegiado, composto hoje por 15 ministros, sendo dez militares, todos, do último posto da carreira militar, e cinco civis, formando o escabinato. Assim, é o único órgão da estrutura do poder judiciário que acumula as funções de tribunal superior e de segunda instância, atuando com competência originária para o julgamento de oficiais-generais, bem como em segunda instância para o julgamento, em grau de recurso, dos processos decididos em primeira instância.

Quanto à primeira instância, a Lei de Organização Judiciária Militar estabelece que a Justiça Militar possui 19 Auditorias, em 12 diferentes Circunscrições Judiciárias, espalhadas pelo território brasileiro. É onde tem início a Ação Penal Militar, mediante denúncia formulada pelo representante do Ministério Público Militar. Nessas Auditorias funcionam os Conselhos de Justiça, podendo ser: Conselho Especial de Justiça, competente para processar e julgar oficiais, exceto oficiais-generais, nos delitos definidos por lei como crimes militares; e o Conselho Permanente de Justiça, competente para processar e julgar, nos delitos militares, as praças. Ambos os Conselhos são constituídos pelo respectivo Juiz Federal da Justiça Militar e por quatro oficiais (da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica), todos hierarquicamente superiores ao acusado. Cabe ressaltar que os civis são julgados monocraticamente pelo Juiz Federal da Justiça Militar da União.

Outra importante observação, conforme prevê a Carta Magna de 1988, é a participação de outros atores nos feitos processados na Justiça Militar da União: o Ministério Público Militar e a Defensoria Pública da União ou Advogados Constituídos. Cabe destacar que, no exercício de suas funções na Justiça Militar da União, há recíproca independência entre os membros da Magistratura, do Ministério Público e da Defesa. E isso é um dos fatores que permite a observância das garantias e dos direitos constitucionais no âmbito na Justiça Castrense.

VI. Considerações Finais

É oportuno lembrar que a Justiça Militar no Brasil é diferente das demais justiças militares do mundo. Na grande maioria dos países, as justiças militares são cortes marciais, em que a justiça militar está dentro do poder Executivo, sendo aplicada pelas próprias Forças Armadas, tribunais administrativos, sem vinculação ao Poder Judiciário.

No Brasil, ao contrário disso, a Justiça Militar está integralmente dentro do Poder Judiciário pátrio, desde a Constituição de 1934, seguindo plenamente os preceitos e princípios basilares do direito penal brasileiro, especialmente os do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, tutelando, dessa forma, os princípios basilares da hierarquia e da disciplina no seio das Forças Armadas.

Outro ponto importante a se registrar sobre a Justiça militar da União, da qual o Superior Tribunal Militar é a última instância, é ser considerada uma das mais avançadas do mundo, dinâmica, célere, moderna, totalmente informatizada e multiplicadora do respeito aos direitos fundamentais, fazendo, assim, parte do Estado Democrático de Direito.

Por fim, com uma história de mais de 216 anos de existência, a Justiça Militar brasileira como ramo do Poder Judiciário brasileiro, ratificada pela Constituição Cidadã de 1988, ao processar e julgar os crimes militares definidos em lei, com celeridade e o conhecimento especializado que lhe são característicos, assegura os princípios fundamentais das Forças Armadas: a disciplina e a hierarquia militares.

Referencias

Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, *https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm. Acesso em 07 de mai. 2024.*

Código Criminal de 1830, de 16 de dezembro de 1830, *https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm*

Constituição da República Federativa do Brasil, de 25 de março de 1824, *https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm*

Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, *https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm*

Constituição da República Federativa do Brasil, de 16 de julho de 1934, *https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm*

Constituição da República Federativa do Brasil, de 10 de novembro de 1937, *https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm*

Constituição da República Federativa do Brasil, de 18 de setembro de 1946, *https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm*

Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, *https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.*htm

Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, *https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm*

Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920, *https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-14450-30-outubro-1920-502847-republicacao-95110-pe.html*

Decreto-Lei nº 925, de 2 de dezembro de 1938, *https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del0925.htm*

Decreto-Lei nº 6.227, de 24 de janeiro de 1944, *https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Ret/Ret-Del6227-44.htm*

Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, *https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm*

Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969, *https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm*

Decreto-Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992, *https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8457.htm*

Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, *https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13491.htm*

Lei nº 14.688, de 20 de setembro de 2023, https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13491.htm. Acesso em 10 de mai. 2024.

Oliveira, Artur Vidigal de. GÓES, Lúcio Mário de Barros. A Justiça Militar Brasileira e o Emprego das Forças Armadas na Garantia da Lei e da Ordem. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar. Vol. 29 — Brasília, 2019.

Ribeiro, Luciano Melo. 200 anos de Justiça Militar no Brasil (1808-2008). Action Ed., 2008.

Superior Tribunal Militar: Memória da Justiça Militar da União, *https://www.stm.jus.br/memoria-da-jmu/pagina-inicial*

La independencia judicial en México: riesgos y desafíos

***

Judicial independence in Mexico: risks and challenges

*Marcos del Rosario Rodríguez**

Sumario: I. Introducción. II. La función jurisdiccional y la independencia judicial. III. Factores que integran la independencia judicial. IV. La reforma al Poder Judicial de la Federación y los riesgos para la independencia judicial. V. Independencia judicial como condición *sine qua non* para la existencia de la división de poderes. VI. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

Desde su establecimiento en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787, el poder judicial se ha erigido como auténtico órgano controlador del orden constitucional, al contener los excesos de los otros órganos de poder y ser un cuerpo intermedio entre el pueblo y estos.[1]

La función judicial materializada dentro de un órgano de poder posibilitó la existencia de un adecuado equilibrio de poderes,

* Director del Departamento de Estudios Sociopolíticos y Jurídicos del ITESO, Investigador nivel 1 del SNII, CONAHCYT.

1 Cabrera Acevedo, Lucio, *El Constituyente de Filadelfia de 1787 y la judicial review*, México, SCJN, 2005, pp. 87 y 88.

ya que desde su diseño por parte de los padres fundadores de los Estados Unidos de Norteamérica, se pensó que el poder judicial tendría una doble función; por una parte ser la entidad que concentre la administración de justicia, lo cual en sí mismo fue una gran aportación, toda vez que se hizo más funcional y eficiente el acceso a la justica con relación a cuando esta función se encarnaba o emanaba de otros poderes; y por otra parte la de ser quien detente el control de constitucionalidad mediante la labor de revisión judicial (*judicial review*) la cual implica revisar la constitucionalidad de los actos de los órganos de representación política, es decir del poder ejecutivo y del poder legislativo.[2]

Por lo anterior, se estima que para el constitucionalismo norteamericano, el cual influyó en el diseño y construcción de múltiples sistemas constitucionales, el eje central del funcionamiento del sistema jurídico radica en que el poder judicial contenga o elimine toda acción de los órganos políticos que puedan alterar la división de poderes, lo cual no solo conlleva la desaparición de los equilibrios entre poderes, sino también en la vulneración de las libertades y de los derechos humanos.[3]

Posteriormente, la función judicial fue evolucionando a esquemas más especializados de control constitucional que el modelo primigenio americano, a partir del planteamiento del diseño propuesto por el célebre Hans Kelsen, quien evidenció que la existencia de un tribunal independiente en estructura y atribuciones, y jerárquicamente superior a cualquier poder público, tendría una mejor perspectiva de advertir que actos pueden alterar la supremacía de la Constitución y afectar las libertades fundamentales.[4]

Este modelo conocido como europeo o kelseniano, fue tendiendo a diseños más sofisticados, donde los tribunales constitucionales no solo detentan el monopolio del control constitucional,

---

2 Blanco Valdés, Roberto L., *El valor de la Constitución,* España, Alianza Editorial, 2006, pp. 50-66, 160-162.

3 Vile, M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 96- 98, 212- 213, 177-180

4 Fix Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, UNAM, 1980, p. 46.

sino que han tendido ha desarrollar facultades interpretativitas que en muchas ocasiones pareciera que sustituyen en sus atribuciones al poder revisor de la Constitución, lo cual ha traído muchos conflictos y tensiones con los órganos políticos.

Desde el caso *Marbury v. Madison* (1803), en el que por vía de interpretación el *Chief Justice John Marshall* determinó que era facultad de la Corte Suprema revisar los actos del Congreso, cuanto emitiera normas contrarias a la supremacía constitucional, se produjo un conflicto constante con los órganos de representación política, ya que se advirtió los alcances del poder político de la Corte Suprema al ejercer el *Judicial review*.5

De igual forma, con la consolidación del modelo europeo en donde los tribunales constitucionales concentran las atribuciones de control constitucional sobre el resto de los órganos de poder, la existencia e incremento de la tensión con los poderes que detentan la representación política, ha sido una constante que ha llevado a crear una narrativa de deslegitimidad hacia los órganos judiciales.

Un ejemplo de lo anterior, ha sido la renuencia histórica por parte del sistema constitucional francés de reconocer la labor e importancia de la función judicial. La anterior consideración se fundamenta en el hecho de que los jueces al no ser electos de forma directa, se encuentran imposibilitados de llevar a cabo cualquier tipo de interpretación judicial sobre alguna norma jurídica, ya que solo los órganos de representación política, al contar con auténtica legitimación democrática, son los únicos que pueden derogar o abrogar una disposición jurídica.[6]

Resulta paradójico que aun con esta animadversión hacia la función judicial ejercida por los operadores jurisdiccionales, la forma de garantizar un sistema constitucional auténticamente democrático sea mediante la existencia de controles judiciales

5 González Oropeza, Manuel, *Constitución y derechos humanos*, México, Porrúa, 2009, pp. 102-107.

6 González Oropeza, Manuel y Rosario, Marcos del, "La Constitución mexicana como un código político", *Revista Justicia y Sufragio*, 2016, *https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/sufragio/article/download/34190/31161*

de constitucionalidad y no por la existencia de un determinado sistema electoral.

Durante los albores del siglo XIX, muchos sectores políticos y sociales de Francia se cuestionaban la razón por la cual la democracia no había tenido raigambre, toda vez que se pasó del absolutismo despótico de la dinastía de los luises a una dictadura de la Asamblea de Robespierre, arribando al imperio de Napoleón, sin que existiera viso alguno de que la democracia tuviese algún tipo de asentamiento, a diferencia de los Estados Unidos, en que la república y la democracia como formas de gobierno rápidamente fueron adoptadas y asimiladas.

Lo anterior quedó evidenciado en la célebre obra "*La democracia en América*" de Alexis de Tocqueville, quien preocupado en cómo podía trasladarse a Francia los elementos que hacía funcionar la democracia norteamericana, advirtió que uno de los aspectos que propiciaban la existencia de una democracia más robusta y floreciente era la existencia de un sistema judicial sólida y fuerte, cuyo papel era ejercer un control sobre el poder político, protegiendo subsecuentemente las libertades y la democracia.[7]

Tocqueville resalta la importancia de la separación de poderes en la Constitución de los Estados Unidos, ya que estima que la independencia del poder judicial es esencial para mantener el equilibrio entre los diferentes poderes del Gobierno. La independencia judicial asegura que los jueces puedan tomar decisiones basadas en la ley y no en presiones políticas, protegiendo así los derechos de los individuos contra posibles abusos del poder legislativo y ejecutivo.[8]

En ese sentido, se puede decir que desde su aparición, la función judicial ha evitado que los poderes públicos, y en concreto los grupos mayoritarios al interior de las legislaciones, excedan sus atribuciones y afecten con sus decisiones a las minorías.

De ahí que el presente artículo busque definir que implicaciones tiene la función judicial, y como esta debe ser desempeñada

---

7 Rabasa, Emilio, O., *Historia de las constituciones mexicanas,* México, UNAM-IIJ, 2002, p. 62.

8 Tocqueville, Alexis de, *Democracy in America and two essays on America*, EUA, Penguin, 2003, p. 166.

de forma independiente. En ese sentido, es importante señalar que la legitimidad de todo juez, se sustenta en el apego que tienen sus resoluciones al orden constitucional; y como la función judicial debe ser desempeñada por operadores jurisdiccionales con un conocimiento jurídico adecuado, con una formación ética solvente, que les permita ejercer sus funciones con toda objetividad y parcialidad.

De ahí la importancia de revisar *grosso modo* la situación que guarda la función judicial en México, de cargar a los riesgos que puedan presentarse ante reformas que, en aras de mejorar el acceso a la justicia de las personas, se termine por quebrantar la independencia judicial, y en consecuencia, el principio de división de poderes, factor esencial para la existencia del Estado constitucional de derecho.

II. La función jurisdicción y la independencia judicial

La función jurisdiccional a lo largo de la historia ha estado en una constante evolución. En un primer momento fue una atribución potestativa que estaba íntimamente relacionada con quien detentaba el poder.

En la Edad Media, una característica de quien ejercía la potestad política era impartir justicia entre sus subordinados o súbditos. Posteriormente, esta facultad fue delegada a jueces que acudían en representación del soberano a impartir justicia, misma que se basaba las costumbres y tradiciones del reino o feudo.[9]

El absolutismo despótico se caracterizó en la concentración excesiva de facultades en la figura del monarca, mismo que se reservaba las funciones jurisdiccionales de mayor cuantía o importancia, delegando las demás a tribunales de menor orden. No fue sino hasta la llegada de la ilustración y la filosofía contractualista, con el pensamiento de Locke y Montesquieu, donde se definió una fisonomía parcial del ente jurisdiccional.[10]

[9] Berman Harold, J., *La formación de la tradición jurídica de occidente*, México, FCE, 2001, pp. 321- 323.

[10] Blanco Valdés, Roberto L., *op. cit*

John Locke no vislumbró un órgano como tal para la función judicial, sino que lo contempló dentro de las atribuciones del órgano legislativo. De igual forma, en *El espíritu de las leyes* de Carlos Luis de Secondat señor de la Brède y barón de Montesquieu, concibió un ente judicial limitado, en sus alcances y controles, ya que no diseñó un modelo de poder judicial como un órgano permanente, sino que lo consideraba como una entidad temporal que entraba en funciones única y exclusivamente cuando se requiriera su intervención. Si bien, fue atinada la concepción de un poder judicial separado de los otros poderes de representación político, el hecho de que no fuera una función permanente reducía la posibilidad de una administración de justifica eficiente, así como la existencia de un verdadero equilibrio entre los órganos de poder.[11]

Aun cuando el modelo de Montesquieu fue revolucionario e innovador, inclusive imitado por algunos modelos constitucionales, carecía de las características del modelo judicial surgido en la Constitución norteamericana. Esta aseveración se hace, no solo por la actuación intermitente que le confería El Barón de La Brede, sino por la forma de su integración.

Un ejemplo de lo anterior, fue el modelo de jurados, el cual adquirió fuerza durante la edad media en diversos sistemas, sobre todo en la época de la ilustración, en que hasta el más mínimo resquicio dentro de la esfera publica se buscaba dotar de representación política a cualquier autoridad.[12]

Fue hasta la aparición del modelo de la Constitución norteamericana de 1787, cuando se estableció una verdadera división estricta de los poderes constituidos, dotándoles de permanencia y atribuciones definidas, asegurando que sus actuaciones se realizaran dentro de un ámbito competencias sin vulnerar el orden constitucional.

La función jurisdiccional se ha entendido como una acción natural y exclusiva del juez. Sin embargo, como se mencionó, en la Edad Media esta facultad se concentraba en la alta magistratura (que residía en el monarca o señor feudal), quien delegaban a

11 Vile, M.J.C., *op. cit.*

12 *Idem.*

su vez la impartición de justicia entre los súbditos, en concreto, a los jueces de los tribunales feudales, en el *haute justice* o jurados; los cuales no eran más que meros administradores de justicia, quienes juzgaban en el nombre del rey o señor feudal, y que estaban exentos de atribuciones propias, es decir, eran carentes de autonomía en sus actuaciones. Los jueces fungían como árbitros en disputas entre particulares, y no ejercían jurisdicción en un sentido estricto.[13]

La administración de justicia a lo largo de la edad media y durante el inicio del Estado moderno, fue considerada como un instrumento de arbitrio, sin ser verdaderamente un medio de control político. El juez se limitaba a resolver conflictos jurídicos expuestos por las partes que actuaban como sujetos activos del proceso, defendiendo sus intereses, buscando que el interés de la otra parte se sujetara a su pretensión. De hecho, este modelo denominado acusatorio, predominó e influyó como visión y concepto del deber ser de la función jurisdiccional durante un largo periodo.

Es lógico advertir que el modelo acusatorio no era concebido como fuente creadora de derecho, y mucho menos como una técnica de poder por parte del Estado; y en efecto no lo era, puesto que la simple acción de dirimir controversias entre particulares excluía la pretensión estatal de proteger intereses públicos a través de la función jurisdiccional.

La independencia judicial era nula ante la aplicación del modelo acusatorio, ya que la labor jurisdiccional era una extensión de la facultad gubernamental por mantener un control y orden entre los gobernados, solucionando conflictos de interés, pero nunca ejerciéndose como un instrumento de poder, es decir, como una atribución de la facultad estatal de velar por los intereses públicos, sociales o privados.

La transformación del modelo acusatorio al modelo inquisitorio en la administración de justicia, sucedió una vez que el Estado desarrolló un control político más estricto a través de la función jurisdiccional, consolidando un poder distinto al legislativo

[13] Berman Harold, J., *op. cit*.

y ejecutivo. Fue con la Constitución norteamericana de 1787 que se dotó a esta nueva entidad de facultades únicas y exclusivas, trayendo consigo una monopolización de la función jurisdiccional en sentido material y formal.[14]

Alexander Hamilton en el Federalista No. 78 señala subraya la importancia de una judicatura independiente para la protección de los derechos individuales y la preservación de la Constitución. Argumenta que los jueces deben tener cargos vitalicios, sujetos a buena conducta, para evitar influencias indebidas por parte de los otros poderes del Gobierno o de las opiniones populares.[15]

Esta característica es notable en la medida que el constitucionalismo fue evolucionando, ya que evidenció la importancia de configurar un órgano de poder independiente en sus actuaciones.

El constitucionalismo moderno, derivado del modelo constitucional norteamericano antes señalado, determinó que las facultades jurisdiccionales en sentido material y en sentido formal estarían concentradas en el poder judicial, poniendo en relieve que el Estado en la búsqueda de incrementar su intervención en los procesos judiciales, dejaría de ser un mero intermediario-árbitro de contiendas, y pasaría a convertirse en el eje central del control jurisdiccional, por lo que se le otorgó una serie de atribuciones a los jueces para que se transformaran en factores de control e instrumentos de ejecución directos de la política estatal.

III. Factores que integran la independencia judicial

El problema de la independencia judicial radica en buena medida en lo relativo a la integración de los órganos judiciales. Un juez sujeto a una estructura burocrática amplia, es más factible que se encuentre sujeto al enramado de tendencias políticas y de intereses elitistas. Por otra parte, un juez que no está sujeto al bloque inmenso de la administración judicial, puede contar con mayor

[14] Hamilton, A., Madison, J., Jay, J., *El Federalista*, México, FCE, 2001, pp. 330-332.

[15] *Idem*.

independencia en sus decisiones; pero a la vez, estará alejado de un adecuado control organizacional, y por ende, con mayor movilidad en la toma de decisiones.[16]

En los últimos años, las decisiones más garantistas han emanado de jueces autónomos, por lo tanto, los modelos judiciales lejos de restringir su margen de operación deben dotar de mayor autonomía y capacidad decisoria.

Ahora bien, la falta de independencia no debe confundirse con la interacción entre poderes, ya que el diálogo entre estos propicia que sus actos tiendan a ajustarse a los parámetros de regularidad constitucional. Sin embargo, un juez con una escasa o débil sujeción al marco constitucional, tenderá a ser subordinado por criterios sociales, que nada tiene que ver con una adecuada y eficiente administración de justicia.[17]

En ese sentido, relacionar la actuación judicial ilimitada con la democracia directa, trae consigo un fortalecimiento en sentido negativo del poder judicial, provocando un sometimiento a la voluntad de las mayorías por parte de los jueces, y no al orden constitucional y a los derechos humanos.

Si bien es cierto que, la organización burocrática en demasía no beneficia, también es un hecho que una carrera judicial establecida de forma adecuada, con parámetros sujetos a una revisión constante, puede dar como resultado que existan jueces capacitados y que respondan a las exigencias de justicia de la sociedad.

En algunos sistemas jurídicos se le ha conferido a la ciudadanía la potestad de elegir a los jueces, situación que puede distorsionar su labor jurisdiccional. La actividad judicial no es de naturaleza representativa, ya que está avocada a una función natural distinta a representar intereses colectivos o sociales. La

---

16 Bordali Salamanca, Andrés, "La independencia de los jueces en la aplicación de la ley dentro de la organización judicial chilena", *Revista Chilena de Derecho*, 2013, *https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071834372013000200010*

17 Chaires Zaragoza, Jorge, "La independencia del Poder Judicial", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2004, *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3795/4708*

administración de justicia su funda en la potestad del Estado de brindar medios e instrumentos para la salvaguarda del Estado de derecho, la Constitución y la democracia, pero es ajena a la intervención ciudadana o de los partidos políticos, que puedan sesgar la función judicial.[18]

Por tanto, la solución no es democratizar al poder judicial, dotándolo de una faz representativa. Aunque hasta ahora no existe una fórmula idónea de como deben elegirse a los miembros del poder judicial, es un hecho que el modelo que garantiza un mayor grado de solvencia, eficacia e independencia en sus decisiones, es la del juez insertado en un ámbito organizacional que obtiene su puesto por oposición, la cual asegura un cierto conocimiento del deber ser jurisdiccional.[19]

Sin embargo, la gran problemática a la que se han enfrentado los sistemas constitucionales en la actualidad es en la conformación de Cortes Supremas o tribunales constitucionales que por la importancia de sus atribuciones, resulta indispensable que su conformación no despierte ninguna suspicacia de ilegitimidad, para lo cual hay que alejar el proceso de selección del monopolio de un órgano de poder, y de las tendencias partidistas.[20]

La elección de los jueces constitucionales por los poderes públicos, es un buen mecanismo de integración de las cortes supremas y tribunales constitucionales. Toda vez que este modelo garantiza que se prioricen los criterios de carácter técnico de los perfiles de quienes ocupan los cargos jurisdiccionales, aunque en los últimos años el proceso de designación se ha complejizado por los intereses políticos y partidistas que priman.[21]

---

18 Agudelo Agudelo, Carlos Alberto, *La democracia de los jueces. La rama menos peligrosa como poder democrático en la práctica constitucional*, Colombia, Leyes, 2015, p. 85.

19 García Hernández, Jorge, "La carrera judicial", *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, 2017, *https://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61325*

20 García-Cuevas Roque, Elena, "La elección de los jueces constitucionales por los poderes del Estado y la preservación de la necesaria independencia", *Revista de Derecho Público*, 2023, *https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/9005647.pdf*

21 *Idem*.

En el sistema jurídico mexicano ha sido constante las críticas vertidas en los últimos años, sobre el modelo de elección vigente de las y los ministros Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), toda vez que su diseño favorece la voluntad del ejecutivo.

La reforma constitucional en materia judicial publicada el 31 de diciembre de 1994, introdujo un procedimiento de designación de ministros y ministras de la SCJN, en el que si bien el presidente de la República no es ya quien designa de forma exclusiva, sigue conservando una facultad de gran relevancia e incidencia constitucional, tal y como lo prevé el artículo 96 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM):

> 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 treinta días. Si el Senado no resolviere dentro de dicho plazo, ocupará el cargo de Ministro la persona que, dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República (Énfasis añadido)**.

Como se puede advertir este modelo es imperfecto, pues sigue privilegiando la prevalencia del Poder Ejecutivo en el nombramiento de los ministros y ministras de la SCJN, sin que exista un criterio que garantice que la persona que elija cuenta con los requisitos de idoneidad para el cargo.

IV. La reforma al Poder Judicial de la Federación y los riesgos para la independencia judicial

El 5 de febrero de 2024 fue presentado un paquete de iniciativas de reformas constitucionales por parte del titular del poder ejecutivo mexicano, Andrés Manuel López Obrador. Dentro del paquete destaca las relativas a la supresión de los órganos cons-

titucionales autónomos y la modificación estructural del Poder Judicial de la Federación.[22]

Dentro de ese paquete de iniciativas, sin duda alguna, la que más impulso y promoción recibió por parte del presidente de la República, del partido Morena y sus aliados partidistas, fue la relativa al Poder Judicial de la Federación, sobre todo después de la jornada electoral del dos de junio de 2024, trayendo consigo finalmente su promulgación el 15 de septiembre de 2024.

La reforma constitucional en cuestión tuvo su origen en diversas disputas de carácter política entre el poder ejecutivo y el poder judicial, particularmente con la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), quien, en múltiples ocasiones, mediante su facultad de control constitucional, invalidó disposiciones normativas emanadas del Congreso de la Unión y diseñadas por el presidente.

La reacción ante el enérgico y adecuado control constitucional ejercido por la SCJN, provocó la molestia de los órganos de representación política a nivel federal, traduciéndose en la presentación de una iniciativa de reforma constitucional que pretendía ampliar el mandato de la presidencia del máximo órgano jurisdiccional; dicha iniciativa no prosperó, toda vez que se advirtió un beneficio a quien entonces ejercía el referido cargo, el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.[23]

Ante este fallido intento de la mencionada reforma constitucional, se promovió una serie de reformas en materia político-electoral que fueron aprobadas por el Congreso de la Unión. Sin embargo, derivado de la interposición de diversas acciones de inconstitucionalidad y de controversias constitucionales, las reformas en su conjunto fueron declaradas inconstitucionales por la SCJN, por haberse violado el procedimiento legislativo al momento de su discusión y aprobación. (SCJN, 2023).

---

22 Gaceta Parlamentaria, año XXVII, número 6457, lunes 5 de febrero de 2024, *https://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/65/2024/feb/20240205.html*

23 Velasco Rivera, Mariana, "Qué pasó con el transitorio que busca extender la presidencia de Zaldívar", 2021, *https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/que-paso-con-el-transitorio-que-busca-extender-la-presidencia-de-zaldivar/*

Resulta comprensible que los hechos anteriormente descritos generaran una tensión entre los poderes políticos y el máximo Tribunal, lo cual, vino a agudizar la narrativa de deslegitimación del presidente de la República hacia la función judicial de la SCJN y del Poder Judicial de la Federación.

De ahí que, mediante el uso desproporcionado de los recursos públicos y la propaganda gubernamental durante el proceso electoral, se entabló una fuerte campaña para obtener el voto mayoritario de la ciudadanía, y de esta forma contar con la mayoría calificada de dos terceras partes en las Cámaras del Congreso de la Unión, con el objetivo de promover cualquier reforma constitucional.

Es una realidad que el Poder Judicial de la Federación requería de una reforma integral, que le permitiese ser un órgano que administrase justicia de forma eficiente y garantizar integralmente los derechos de los justiciables. De ahí que exista un consenso entre los diversos actos relacionados con la judicatura y el ejercicio de la abogacía que este cambio no podía ser impostergable.

En ese sentido, la iniciativa presentada el 5 de febrero por el presidente Andrés Manuel López Obrador y el grupo parlamentario de Morena resultó oportuna, sin embargo, las razones que la motivaron se alejaron de una modificación adecuada de los ámbitos que debían ser optimizados.

En la exposición de motivos de la reforma en cuestión, se planteó como objetivos principales, acabar con la corrupción y garantizar un verdadero acceso a la justicia a través de la elección directa de jueces, magistrados y ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Sin embargo, esta condición carece de sustento, pues el hecho de que la integración del Poder Judicial de la Federación sea mediante voto, no garantiza en lo absoluto que tales objetivos sean cumplimentados.[24]

Como se puede advertir, la reforma constitucional en cuestión es la más trascedente desde la promulgación de la Constitución Federal de 1917, toda vez que viene a sustituir en esencia el funcionamiento del poder judicial, planteando una serie de

[24] García-Cuevas Roque, Elena, *op. cit*.

aspectos que, al no haberse atemperado, ponen en riesgo la independencia judicial, y, por ende, el principio de división de poderes, el cual es indispensable para garantizar la vigencia efectiva de los derechos humanos.

Por lo anterior, es importante hacer mención sobre los puntos esenciales de la reforma y la narrativa que se ha difundido para justificarla, y como, por si sola, esta iniciativa requiere ser complementada para que tenga sentido o viabilidad.

En tal sentido, resulta importante referir los aspectos esenciales de la reforma en cuestión, y de esta forma comprender su contenido y alcance, para determinar los posibles riesgos que traería consigo para la solvencia del Estado de derecho.

4.1. Legitimación de los jueces

La consideración principal que sostiene esta reforma es que el poder judicial carece de legitimidad democrática. Lo anterior no tiene sustento racional, ya que a diferencia de las personas que ejercen cargos de elección popular, cuya función primordial es la representación política de la ciudadanía, los jueces tienen como fin, la administración de justicia, la defensa del orden constitucional y la tutela efectiva de los derechos humanos. De ahí que los jueces se legitiman en la medida que sus resoluciones estén apegadas a los principios constitucionales y los derechos humanos, y no por resultar electos en unos comicios.[25]

De ahí que, en ocasiones, las resoluciones de los jueces constitucionales vayan en contra de las decisiones tomadas por la mayoría de los órganos de representación política, toda vez que su función primordial es la defensa del orden constitucional.[26]

---

25 Miraut Martín, Laura, "La legitimidad democrática del Poder Judicial", *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 2022, *https://www.upo.es/revistas/index.php/ripp/article/download/7524/6602/30845*

26 Buriticá- Arango, Estéban, "Control de constitucionalidad y tiranía de la mayoría: un análisis crítico de la protección judicial de las minorías en los Estados democráticos", *Revista Derecho del Estado*, 2024, *https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/9111/15537*

Desde su diseño, Hamilton advirtió que el poder judicial tendría una vocación contra mayoritaria, ya que sería quien generaría el equilibrio entre los poderes, controlando los actos de los órganos políticos que fueran en contra del orden constitucional. Con el desarrollo del constitucionalismo, el control contra mayoritario se definiría como una de las cualidades esenciales de todo tribunal constitucional, pues precisamente su función responde a las necesidades de conservación del orden constitucional y defensa de los derechos humanos, lo cual requiere una formación y *expertis* amplio de los jueces que lo integran.[27]

Cuestión distinta de quienes ejercen un cargo de elección popular, ya que si bien, estos deben ejercer sus atribuciones bajo el marco constitucional y legal, ante todo, su razón de ser es representar los intereses de los electores y de los partidos que los eligieron; mientras que, tratándose de los jueces, estos desarrollan sus funciones con base a competencias de carácter técnico-jurídico, que les permite aplicar el supuesto normativo a un caso concreto, o bien, llevar a cabo la interpretación más óptima para la persona.[28]

V. Independencia judicial como condición *sine qua non* para la existencia de la división de poderes

La independencia judicial es una de las condiciones esenciales para una efectiva administración de justicia en cualquier democracia, ya que un órgano jurisdiccional que dependa de factores o intereses ajenos a su función, sin supeditarse al cumplimiento irrestricto del marco constitucional, cualquier decisión que tome podrá estar sesgada para favorecer a un sujeto o grupo determinado, lo cual impide que sus actuaciones puedan ser imparciales y/u objetivas.[29]

---

27 Hamilton, A., Madison, J., Jay, J., *op. cit*

28 García-Cuevas Roque, Elena, *op. cit*.

29 Barak, Aharon, "El papel de un juez en la democracia", 2003, *https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-emx/article/viewFile/24098/21566*

De ahí los riesgos de establecer un modelo de integración de los órganos jurisdiccionales mediante la elección por vía popular, ya que lejos de priorizar las habilidades, conocimientos y competencias técnicas de un juez para resolver un conflicto, de manera justa y con apego a los parámetros de regularidad constitucional, se pueda privilegiar la retórica por encima de la capacidad argumentativa y de interpretación.[30]

5.1. Vigencia del derecho de acceso a la justicia

Como se señaló, el acceso a la justicia es una de las apuestas de esta reforma. El acceso a la justicia es el derecho angular dentro del debido proceso. En la medida que un Estado garantice las condiciones para asegurar que las personas puedan hacer valer sus pretensiones, violaciones a derechos o presentar una controversia, se estará ante un verdadero Estado constitucional de derecho.

Para garantizar el acceso es la justicia se requiere de jueces que administren justicia con perspectiva de derechos humanos, que cuenten con el suficiente criterio para dar entrada a los asuntos que requieren una atención urgente, o en su caso, dictar las medidas cautelares necesarias, de manera oportuna y pertinente, y de estar forma proteger los derechos humanos que puedan verse en riesgo.[31]

Por tanto, el acceso a la justicia nada tienen que ver con la forma en que se eligen a los jueces, y mucho menos se puede hablar de que es a través de la elección popular que se garantiza su vigencia.

La posibilidad de que los jueces sean designados por elección

---

30 Courtis, Christian, "El papel de la Escuelas Judiciales en la democratización del Poder Judicial", *Las escuelas judiciales en el Estado democrático ¿Hacia dónde va la Escuela Judicial Electoral?*, 2020, *https://www.te.gob.mx/editorial_service/media/pdf/120420241818434430.pdf*

31 Argés, Joaquin R., "El acceso a la justicia concebido como derecho humano imperativo (ius cogens)", *Revista Derecho Global. Estudios sobre Justicia y Derecho*, 2020, *https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-51362018000100104*

popular, sin que existan mecanismos estrictos que eviten la filtración de personas que operen a favor de ciertas personas o grupos de poder, puede posibilitar que sus actuaciones favorezcan solo sus intereses, y no administren justicia conforme a derecho. La imparcialidad y objetividad se verán seriamente afectados, ya que cualquier operador judicial que actúe bajo consigna para beneficiar a alguna parte, al momento de resolver un conflicto, no lo hará desde una base de igualdad entre las partes.[32]

Es indispensable que quienes integran los cargos jurisdiccionales, estén ajenos de cualquier interés o presión de parte de grupos políticos, económicos o delincuenciales, ya que, de lo contrario, sus decisiones al momento de resolver una litis, estarán sesgadas y coaccionadas para decidir en un sentido determinado.

Además de lo anterior, si la forma de integrar al poder judicial pasa por un proceso de elección, y no se garantiza que los órganos de poder, así como los partidos políticos se mantengan neutrales, la cooptación de este será inevitable, ya que la actuación de los órganos jurisdiccionales no se centrará en buscar la prevalencia del parámetro de regularidad constitucional, sino en hacer valer la pretensión de estos.

De ahí que, sea fundamental que haya prevalecido la carrera judicial como sistema basado en el mérito y la igualdad de oportunidades. La formación de quienes administran justicia es fundamental, ya que la labor jurisdiccional exige conocimientos jurídicos, experiencia en el tratamientos y valoración de los casos, y sobre todo, un alto sentido ético en su quehacer ordinario.[33]

Un juez sin una formación técnica y ética, administrará justicia de forma deficiente y su actuación tenderá a corromperse para favorecer a determinados grupos de interés. Lo anterior no se solventa con la mera elección popular de quienes integran los órganos jurisdiccionales, sino que pasa por un proceso de formación profundo.

En ese sentido, la reforma constitucional al no garantizar que quienes ocupen los cargos judiciales sean personas con una for-

[32] Courtis, Christian, *op. cit*.

[33] García Hernández, Jorge, *op. cit*.

mación y experiencia adecuada, la independencia judicial se verá en riesgo. La independencia judicial es una de las condiciones esenciales para una efectiva administración de justicia en cualquier democracia, toda vez que un órgano que dependa de factores o intereses ajenos a su función judicial, sus decisiones pueden estar comprometidas para favorecer a una de las partes, lo cual como se advirtió, impedirá que sus actuaciones sean imparciales y objetivas.

La posibilidad de que los jueces sea designados por elección popular, sin que existan mecanismos estrictos que eviten la filtración de personas que operen a favor de ciertas personas o grupos de poder, puede posibilitar que sus actuaciones favorezcan solo sus intereses, y no administren justicia conforme a los parámetros de regularidad constitucional.

La imparcialidad y objetividad como principios rectores en todo proceso se verán vulnerados, ya que cualquier operador judicial que actúe bajo consigna para beneficiar a alguna parte, al momento de resolver un conflicto, no lo hará desde una base de igualdad entre las partes, ya que buscará que prevalezca la pretensión de la parte que quiere favorecer.

Sin independencia judicial es imposible la existencia de pesos y contrapesos entre poderes, indispensable para que el ejercicio de poder sea de forma controlada, y evitar excesos que conlleven la vulneración de derechos humanos.

VI. Conclusiones

La independencia de la función jurisdiccional es esencial para mantener el equilibrio de poderes dentro de un Estado democrático. Una judicatura independiente es un pilar fundamental para asegurar que los derechos humanos y las libertades fundamentales sean protegidos sin interferencias indebidas. Esta independencia garantiza que los jueces puedan tomar decisiones basadas en la ley y la justicia, sin presiones externas de los otros poderes del Estado, intereses particulares o influencias políticas.

Desde su formulación en la Constitución de los Estados Unidos de 1787, la función jurisdiccional ha experimentado una

evolución significativa. Esta evolución ha sido necesaria para adaptarse a los cambios sociales, políticos y económicos, manteniendo siempre el objetivo de garantizar la justicia y la imparcialidad. El desarrollo de la jurisprudencia y las reformas judiciales han sido clave en este proceso, permitiendo que el sistema judicial responda eficazmente a las necesidades contemporáneas sin comprometer su independencia.

La reforma judicial, al politizar el proceso de selección de jueces y magistrados representa un grave riesgo para la imparcialidad del poder judicial en México. En el contexto actual, dicha reforma socavará la objetividad y la independencia del poder judicial. La politización del poder judicial no solo compromete la equidad en la administración de justicia, sino que también conllevará la desconfianza pública en las instituciones judiciales.

Es imperativo que cualquier reforma al poder judicial esté orientada a fortalecer su independencia y objetividad. Las reformas deben centrarse en mejorar la eficiencia, la transparencia y la equidad en la administración de justicia, sin permitir ninguna forma de control o influencia política sobre los jueces. Esto incluye la implementación de mecanismos de selección y nombramiento basados en méritos y competencias, así como la promoción de la capacitación y el desarrollo profesional continuo de los jueces.

La preservación de una judicatura independiente es fundamental para el mantenimiento del Estado de derecho y el funcionamiento de una democracia robusta. La independencia judicial asegura que las leyes sean aplicadas de manera justa y equitativa, protegiendo a los ciudadanos de posibles abusos de poder y garantizando que sus derechos sean respetados. Sin una judicatura independiente, el sistema de pesos y contrapesos se ve comprometido, poniendo en peligro la estabilidad y la legitimidad del orden constitucional y democrático.

Referencias

Argés, Joaquin R., "El acceso a la justicia concebido como derecho humano imperativo (ius cogens)", *Revista Derecho Global. Estudios sobre Justicia y Derecho*, 2020.

Agudelo Agudelo, Carlos Alberto, *La democracia de los jueces. La rama menos peligrosa como poder democrático en la práctica constitucional*, Colombia, Leyes, 2015.

Barak, Aharon, "El papel de un juez en la democracia", 2003.

Berman Harold, J., *La formación de la tradición jurídica de occidente*, México, FCE, 2001.

Blanco Valdés, Roberto L., *El valor de la Constitución,* España, Alianza Editorial, 2006.

Bordali Salamanca, Andrés, "La independencia de los jueces en la aplicación de la ley dentro de la organización judicial chilena", *Revista Chilena de Derecho*, 2013.

Buriticá- Arango, Estéban, "Control de constitucionalidad y tiranía de la mayoría: un análisis crítico de la protección judicial de las minorías en los Estados democráticos", *Revista Derecho del Estado*, 2024.

Cabrera Acevedo, Lucio, *El Constituyente de Filadelfia de 1787 y la judicial review*, México, SCJN, 2005.

Chaires Zaragoza, Jorge, "La independencia del Poder Judicial", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2004.

Courtis, Christian, "El papel de la Escuelas Judiciales en la democratización del Poder Judicial", *Las escuelas judiciales en el Estado democrático ¿Hacia dónde va la Escuela Judicial Electoral?*, 2020.

Fix Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, UNAM, 1980.

Gaceta Parlamentaria, año XXVII, número 6457, lunes 5 de febrero de 2024.

García-Cuevas Roque, Elena, "La elección de los jueces constitucionales por los poderes del Estado y la preservación de la necesaria independencia", *Revista de Derecho Público*, 2023.

García Hernández, Jorge, "La carrera judicial", *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, 2017.

González Oropeza, Manuel, *Constitución y derechos humanos*, México, Porrúa, 2009.

González Oropeza, Manuel y Rosario, Marcos del, "La Constitución mexicana como un código político", *Revista Justicia y Sufragio*, 2016.

Hamilton, A., Madison, J., Jay, J., *El Federalista*, México, FCE, 2001.

Miraut Martín, Laura, "La legitimidad democrática del Poder Judicial", *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 2022.

Rabasa, Emilio, O., *Historia de las constituciones mexicanas,* México, UNAM-IIJ, 2002.

Tocqueville, Alexis de, *Democracy in America and two essays on America*, EUA, Penguin, 2003.

Velasco Rivera, Mariana, "Qué pasó con el transitorio que busca extender la presidencia de Zaldívar", 2021.

Vile, M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

¿Justicia constitucional o constituyente?

***

Constitutional justice or constituent justice?

Miguel Alejandro Estela de la Puente[*]

Resumen: el presente trabajo aborda el análisis de un fenómeno que, al parecer, empieza a extenderse en América Latina. Se trata de la constitucionalización del poder constituyente. Es decir, crear un mecanismo que habilite la convocatoria del poder constituyente desde la Constitución política vigente y regular su funcionamiento. Algunas constituciones latinoamericanas como la panameña o costarricense ya tienen este mecanismo habilitador y otras, como la chilena, regulan no solo la convocatoria sino el funcionamiento del poder constituyente. En este último caso, se puede observar la existencia de un órgano jurisdiccional que controla el ejercicio de la función de los representantes constituyentes elegidos por el titular de la soberanía para tal propósito, lo cual nos hace reflexionar sobre una derivación conceptual de la justicia constitucional, que aquí llamamos *justicia constituyente*.

Abstract: this work addresses the analysis of a phenomenon that, apparently, is beginning to spread in Latin America, which is about the constitutionalizing of Constituent Power. That is,

[*] Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, Magíster en Derecho Constitucional por la misma casa de estudios, miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y autor de diversos textos científicos en la Revista Peruana de Derecho Constitucional del Tribunal Constitucional del Perú y otras revistas de divulgación jurídica sobre la materia.

create a mechanism that enables the convocation of the Constituent Power from the current Political Constitution and regulate its operation. Some Latin American constitutions, such as the Panamanian or Costa Rican one, already have this enabling mechanism and others, such as the Chilean one, regulate not only the convocation but also the functioning of the Constituent Power. In the latter case, we can observe the existence of a jurisdictional body that controls the exercise of the function of the constituent representatives chosen by the holder of sovereignty for this purpose, which makes us reflect on a conceptual derivation of constitutional justice, which here we call constituent justice.

Palabras clave: justicia constituyente, justicia constitucional, poder constituyente originario, poder constituyente derivado, asamblea constituyente, congreso constituyente, convención constituyente, tribunal constituyente.

Keywords: constituent justice, constitutional justice, original constituent power, derived constituent power, constituent assembly, constituent congress, constituent convention, constituent court.

Sumario: I. Introducción. II. La justicia constitucional se imparte desde poderes constituidos. III. La justicia constituyente y su excepcionalidad. IV. El recurso de nulidad constituyente. V. La composición de la judicatura constituyente. VI. Conclusiones. VII. Recomendaciones. Referencias.

I. Introducción

El presente trabajo, tiene cuatro partes; la primera, hace referencia a aquello que se entiende por justicia constitucional; la cual, en su momento, también se le llamó jurisdicción constitucional. Consideramos que, la academia, terminó por darle mayor preeminencia a aquella acepción vinculada a la denominación de justicia constitucional. De esta manera, la justicia constitucional es el resultado de la irradiación de la supremacía de la Constitución como norma jurídica que se hace efectiva por medio de los meca-

nismos legitimados para tal fin desde poderes constituidos.

En la segunda parte, se puede apreciar que, del mismo concepto de justicia constitucional, se desprende el concepto de justicia constituyente. Esta última categoría tiene fundamentos tanto tóricos como prácticos y solo puede impartirse de manera excepcional, cuando una determinada Constitución ha habilitado en su seno, la posibilidad no solo de convocar al poder constituyente, sino de regular su funcionamiento político con mecanismos de control jurisdiccional. En este último extremo, planteamos nuestro desacuerdo con la *praxis* constitucional comparada; toda vez, que por intentar regular el ejercicio de la función de los representantes constituyentes han contravenido toda la teoría pacífica y dominante que se había alcanzado en la doctrina.

En la tercera parte, como no puede ser de otra manera, si aquí afirmamos la existencia de una jurisdicción que controla los actos políticos de los representantes constituyentes, ese control jurisdiccional debe materializarse a través de la interposición de un recurso que solo puede tener los efectos de nulidad y, le denominamos nulidad constituyente, el cual, puede ser interpuesto solo por un grupo de representantes constituyentes que consideran que se han vulnerado los límites formales y materiales al momento de incorporar artículos en el proyecto de nueva Constitución, la cual, inexorablemente, debe ser ratificada por el titular de la soberanía vía democracia directa, es decir, referéndum o plebiscito.

En la cuarta y última parte de este trabajo, se puede apreciar la forma de elección recomendada de los magistrados a cargo de impartir la justicia constituyente. Como se podrá observar, esta nueva manifestación del poder constituyente que se verifica en la práctica constitucional comparada, engendraría dos órganos; uno político, que se encargará de redactar el proyecto de nueva Constitución, y el segundo que tendrá naturaleza jurisdiccional y efectuará un control sobre los límites formales y materiales del órgano político constituyente encargado de redactar el proyecto de nueva Constitución.

Finalmente, esbozaremos algunas conclusiones que, a criterio de esta ponencia, tienen tal relevancia que ameritan ser destacados; así como, las recomendaciones correspondientes sobre

la incorporación de mecanismos habilitadores para convocar al poder constituyente y su funcionamiento.

II. La justicia constitucional se imparte desde poderes constituidos

Resulta conveniente, traer al análisis, la reflexión de Aníbal Quiroga León,[1] quien señaló lo siguiente sobre el concepto de justicia constitucional: "Por Justicia Constitucional o Jurisdicción Constitucional, entonces podemos entender aquel proceso histórico surgido del propio desarrollo constitucional de los Estados Modernos de derecho, que establecieron mecanismos de control, autocontrol y de defensa de la supremacía y vigencia constitucional".

De lo dicho anteriormente por el precitado autor, se deduce que se puede llamar justicia constitucional a aquella que es impartida por los órganos o actores legitimados por la Constitución o leyes complementarias. Así pues, a modo de ejemplo, los órganos más afamados que administran justicia constitucional son los tribunales constitucionales de las diferentes Repúblicas como máximas instancias, generalmente occidentales, y allí donde no existe tal órgano especializado con categoría autónoma, entonces es el poder judicial de cada país el legitimado para tal fin. Ambos, tribunal constitucional o poder judicial, tómese nota que son, sin lugar a duda, poderes constituidos; por ello, aquí somos de la idea de aseverar que la justicia constitucional se imparte desde poderes constituidos, aunque esa afirmación parezca obvia, su mención es requerida como necesaria a fin de poder elaborar el razonamiento que se alega a continuación.

Incluso, en la actualidad, se puede verificar la existencia de jueces constitucionales de primera o segunda instancia, que imparten justicia constitucional especializada y; con ello, se toma conocimiento y resuelve casos de habeas corpus o amparo; por poner uno de los tantos ejemplos.

---

1 Quiroga León, Aníbal, "La justicia Constitucional", *Acta Académica*, Costa Rica, 3 de octubre de 1987, pp. 100 y 101, *file:///C:/Users/PC/Downloads/1026-Texto%20del%20art%C3%ADculo-2237-1-10-20210121%20(1).pdf*

En efecto, si la justicia constitucional, como la hemos definido, ha irradiado en todo ámbito de la administración de justicia como producto de un proceso histórico de constitucionalización del derecho, no es menos cierto que quienes lo hacen a nombre de la nación, son sujetos habilitados para tal fin por la Constitución, la ley o alguna norma complementaria de rango infralegal. Todos ellos, se ciñen a los parámetros establecidos por un poder constituido, el cual es la creación de un poder constituyente. No vamos a entrar en la discusión de poderes constituidos primarios o secundarios; ya que, eso es objeto de análisis de otro tema que no atañe al que estamos trabajando aquí.

Lo relevante de la reflexión del autor precitado es que, pone énfasis en que la justicia constitucional, principalmente, busca proteger la supremacía normativa de la Constitución y; por lo tanto, su vigencia. Desde esta perspectiva, si nosotros nos preguntamos ¿Puede la justicia constitucional interceder a favor de mantener el orden jurídico constitucional interno en el caso de la materialización de un momento constituyente? La respuesta que aquí sostenemos es sí.

Veamos, el Tribunal Constitucional peruano[2] en una destacada sentencia a través de la cual resolvió un conflicto institucional entre el poder legislativo y el ejecutivo, señaló lo siguiente: "De todo lo expuesto, se puede advertir que el Congreso podría constitucionalizar la Asamblea Constituyente como una alternativa para la legitimación de los procesos de reforma [...]".

El Tribunal Constitucional peruano, menciona que no sería contrario a la Constitución que se viabilice la convocatoria del poder constituyente, pero si este Poder especial no ha sido incorporado de manera previa vía reforma constitucional parcial en la Constitución y es convocado, entonces se estaría quebrantando el orden constitucional vigente, destruyendo; con ello, la supremacía normativa de la Constitución.

Este razonamiento del Tribunal Constitucional peruano, no es, a parecer del suscrito, un razonamiento improvisado si se

[2] Tribunal Constitucional del Perú, *Caso de la Regulación del referéndum*, 24 de noviembre de 2024, 374-2022, 0001-2022-PI/TC, fundamento 80, *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/00001-2022-AI.pdf*

tiene en cuenta que las Constituciones de Costa Rica, Panamá y Chile han habilitado en sus normas supremas la convocatoria del poder constituyente y, en el caso chileno, el ejercicio de la función de los representantes constituyentes.

En el caso de la Constitución de Costa Rica,[3] se puede apreciar en su contenido normativo, que la reforma general o total de la Constitución, solo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto. La ley que haga la convocatoria, deberá ser aprobada por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa y no requiere sanción del poder ejecutivo.

Ahora bien, cabe precisar, que la Constitución costarricense nació con esta estipulación constitucional, el constituyente de dicho país consideró pertinente que su obra: la Constitución, contemple un mecanismo que habilite un nuevo poder constituyente y; por lo tanto, una nueva Constitución. De esta manera, en caso de que la ciudadanía refute de los pilares fundamentales sobre los cuales se soporta su Estado constitucional y social de derecho, podrá encontrar en su *norma normarum* una válvula que permita transitar de un orden constitucional antiguo a uno nuevo y; con ello, evitar la ruptura del orden jurídico constitucional.

Por otro lado, la Constitución panameña,[4] consigna que se podrá adoptar una nueva Constitución, a través de una Asamblea Constituyente Paralela, que podrá ser convocada por decisión del órgano ejecutivo, ratificada por la mayoría absoluta del órgano legislativo o por el órgano legislativo con el voto favorable de dos terceras partes de sus miembros, o por iniciativa ciudadana. Esta disposición de la Constitución panameña, fue incorporada a la Constitución vía reforma constitucional en el año 2004 y, evidentemente, fue ejecutada por parte de un poder constituido como el parlamento nacional. Del mismo modo, tiene una novedad, pues consigna que la Asamblea Constituyente no puede interrumpir el mandato de ningún funcionado popularmente elegido

[3] Constitución Política de Costa Rica, art. 196, *Sistema Costarricense de Información Jurídica (pgrweb.go.cr)*

[4] Constitución Política de Panamá, art. 314, *https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2016/09/constitucion-politica-con-indice-analitico.pdf*

y ninguna de sus decisiones puede tener efecto retroactivo; con lo cual, se constitucionaliza dos limitaciones materiales al ejercicio de la función política de los representantes constituyentes.

Nótese que, en el caso peruano, el Tribunal Constitucional, órgano que imparte justicia constitucional, indicó que la incorporación de una disposición habilitadora del Poder Constituyente no resulta contraria a la Constitución, tal como ocurrió en Panamá.

Así también encontramos el caso de la Constitución chilena, la cual, habilitó la convocatoria del poder constituyente en su norma fundamental, en dos oportunidades; la primera, en el año 2019 y, la segunda, en el año 2023. En ambos casos, el titular de la soberanía chilena decidió no respaldar un proyecto de nueva Constitución; sin embargo, lo interesante de estas dos reformas chilenas es que no se limitaron a incorporar un mecanismo de mera convocatoria del poder constituyente, sino que crearon un mecanismo jurisdiccional que controlase formal y materialmente la función de los representantes constituyentes elegidos por el pueblo chileno y encargados de redactar el proyecto de nueva Constitución.

Veamos, en la primera reforma del año 2019, la Constitución chilena,[5] contempló en su artículo 136 un recurso de reclamación mediante el cual un grupo de diputados o, como les llamaron ellos, convencionales constituyentes, pudiera cuestionar la extralimitación de una mayoría que sobrepasara o vulnerase los límites formales establecidos en la reforma del año 2019.

Por ejemplo, uno de los límites formales que los representantes constituyentes no podían soslayar, era que para introducir un artículo o bloque de artículos en el proyecto de nueva Constitución, esa propuesta de artículo o bloque de artículos, debía ser consensuada por no menos de dos tercios de los representantes elegidos si era por un *quórum* menor; entonces, se habría vulnerado un límite formal y esa disposición o conjunto de disposiciones podían ser cuestionadas vía recurso de reclamación, el cual,

[5] Constitución Política de Chile, art. 136, *https://www.camara.cl/camara/doc/leyes_normas/constitucion.pdf*

de verificarse, que no se había cumplido con el requisito formal de la mayoría mínima o, en otras palabras, con el procedimiento previamente establecido, entonces se declaraba la nulidad.

El requisito mínimo para alcanzar consenso al momento de incorporar una disposición normativa en el proyecto de nueva Constitución, se encontraba regulado en la misma Constitución vigente que se pretendía abrogar. Es decir, los representantes constituyentes para alcanzar esa mayoría no eran totalmente autónomos, sino que debían ceñirse a dicho procedimiento previamente establecido. El problema con esta novedad, es que el órgano jurisdiccional encargado de controlar estos límites denominados formales eran cinco jueces de la corte suprema elegidos por sorteo para cada causa planteada.

En lo último mencionado está el problema, un poder constituido jamás puede estar por encima del poder constituyente, eso contraviene toda la autonomía y naturaleza autocontroladora del poder constituyente. En esta primera reforma, también se señalaron límites materiales, tales como la prohibición de abrogar tratados internacionales vigentes ratificados por Chile o cambiarle la denominación de República Democrática a Chile, pero sin posibilidad de ser controlados por la Corte Suprema, pues esas prohibiciones eran meramente exhortativas.

En el caso de la segunda reforma, el proceso se complejizó aún más y; con ello, se limitó más desde los poderes constituidos la naturaleza autocontroladora y autorreguladora del poder constituyente, pues se crearon tres órganos; esta vez, ya no existía una Convención Constitucional sino un Consejo Constitucional conformado por cincuenta representantes constituyentes, una Comisión Experta elegida por las cámaras de diputados y senadores (poder constituido) para proponer un anteproyecto de nueva Constitución al Consejo Constitucional que sería el encargado de aprobar el proyecto final de Constitución en última instancia y un Comité Técnico de Admisibilidad, elegido por las cámaras de diputados y senadores (poder constituido) que tenía como misión controlar que los representantes constituyentes no vulneraran los límites materiales, esta vez, llamados bases institucionales. La Corte Suprema, continuó con hacer el control de los límites formales impuestos a los representantes constituyentes.

Como puede observarse, se creó un sistema que aquí consideramos novedoso, pero desde una perspectiva que lesiona la naturaleza del poder constituyente, pues este jamás podría ser controlado por un poder constituido. Por ello, lo que ocurrió en Chile, fue que nunca se convocó al poder constituyente, sino que se creó un mecanismo para reformar parcialmente la Constitución mediante la convocatoria de un órgano exógeno al Congreso de la Republica.

III. La justicia constituyente y su excepcionalidad

En la primera parte, pudimos apreciar que existen constituciones como la de Costa Rica que nació con una disposición que habilitaba la convocatoria del poder constituyente; otras, como la panameña que fueron modificadas vía reforma constitucional para habilitar esa convocatoria y limitar materialmente la función de los representantes constituyentes, pues estos están impedidos de despojar de su cargo a cualquier servidor que se encuentre desempeñando funciones al momento de la instalación del poder constituyente o de introducir normas que tengan naturaleza retroactiva en el proyecto de nueva Constitución.

En el caso de la Constitución chilena, se puede apreciar el diseño de un sistema orientado no solo a convocar al poder constituyente sino a limitar formal y materialmente el ejercicio de los representantes constituyentes, pero desde poderes constituidos. Esta fórmula le quita la condición de poder constituyente a aquel proceso por medio del cual se pretendió reformar parcialmente la Constitución chilena, pues desnaturaliza su ejercicio.

En el caso peruano, es la justicia constitucional, desde el Tribunal Constitucional, la cual ha dejado un criterio jurisprudencial por medio del cual, el Congreso de la República podría reformar la Constitución para que se habilite la convocatoria del poder constituyente, sino que también se podría regular el funcionamiento de este y su autorregulación sin desnaturalizarlo ni promover una ruptura abrupta entre un orden jurídico constitucional antiguo y nuevo.

En este trabajo, en primer lugar, estamos en contra de que se convoque al poder constituyente porque consideramos que los males de las naciones no se deben a disposiciones constitucionales, sino a gestión pública acompañada de voluntad política.

Sin embargo, no podemos soslayar el hecho de que, si en nuestras normas fundamentales, no existe un mecanismo que garantice la transición democrática y ordenada entre un orden constitucional antiguo y nuevo, se promueve o, en todo caso, se deja abierta la posibilidad del quebrantamiento del orden constitucional vigente en caso el titular de la soberanía refute y discrepe los pilares base de su sistema constitucional o, como diría Bruce Ackerman,[6] tome consciencia de una realidad inevitable llamada: momento constituyente.

El último autor citado, sostiene que para que exista un momento constituyente, es decir, para que un determinado pueblo tome consciencia de la necesidad de modificar totalmente su Constitución, tienen que cumplirse tres elementos. El primero, que exista profundidad, en la medida que el ciudadano debe reflexionar y ponderar su decisión de dotarse de una nueva Constitución. El segundo, que debe haber amplitud, pues para ello se requiere que un número considerable de ciudadanos que respalden la propuesta que fue objeto de reflexión en la etapa de profundización y; el tercero, contundencia, lo cual implica que esa mayoría alcanzada para respaldar la propuesta sea, efectivamente, incorporada o creada y validada por la mayoría, es decir, por el titular de la soberanía en plena vía democracia directa.

Otra reflexión a estimar sobre esta situación excepcional y *sui generis*, es la Sánchez Viamonte,[7] quien afirmó que: "Podría denominarse acto constituyente, de un modo especial y único, el acto originario mediante el cual o se crea la nación o se crea su forma de gobierno y su estructura política y social". Por ello, consideramos relevante, que cualquier incorporación que habilite la convocatoria del poder constituyente, debe ser una vez identificado el momento constituyente, siguiendo la teoría de Bruce

6 Ackerman, Bruce, *We the people*, *We the people - Traficantes de Sueños.pdf*

7 Sánchez Viamonte, Carlos, *El poder constituyente,* Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina,1957, pp. 47 y 48.

Ackerman y antes de que se materialice el acto constituyente, siguiendo la tesis de Sánchez Viamonte.

En Chile, sí existió profundidad y amplitud, pero la propuesta de nueva Constitución careció de contundencia.

Ahora bien, aquí se sostiene que, en caso de que un determinado pueblo se encuentre ante la realidad inevitable de un momento constituyente, este debe tener a su alcance un mecanismo constitucional que le permita transitar entre uno y otro orden constitucional sin quebrar el antiguo y generar caos o zozobra en la sociedad. Ese mecanismo puede estar dotado, sin lugar a dudas, de ciertas limitaciones formales o materiales como entendieron los panameños o chilenos, pero el control de esas limitaciones debe estar a cargo de un órgano jurisdiccional excepcional que aquí llamamos tribunal constituyente, el cual administraría justicia constituyente y nacería y moriría junto con el órgano político encargado de redactar la nueva Constitución.

A fin de precisar sin reparos, aquí se arguye que existen diferentes órganos capaces de redactar una nueva Constitución; por ejemplo, el Congreso Constituyente, el cual se encarga de redactar un proyecto de nueva Constitución que, ratificado por medio de referéndum, al mismo tiempo, que aprueba leyes, esto es, tiene en sí mismo funciones de poder constituido y de poder constituyente. Por otro lado, está la Asamblea Constituyente que solo se avoca a redactar una propuesta de nueva Constitución.

La práctica constitucional nos demuestra que puede analizarse la posibilidad de un nuevo órgano al que aquí hemos convenido en denominar Convención Constituyente, pues tiene una dimensión dual, cuenta con un órgano que efectúa una función política constituyente (redactar una nueva Constitución) y una función jurisdiccional constituyente (hacer control de los límites formales y materiales). Esos límites formales y materiales solo pueden ser establecidos a efectos de garantizar orden, en la Constitución vigente que se pretende abrogar. A todo este conjunto de disposiciones constitucionales que regulan la convocatoria y funcionamiento del poder constituyente, deben denominárseles bloque de normas constituyentes, pues serían el parámetro de referencia tanto de quienes ejercen la función política como jurisdiccional constituyente.

IV. El recurso de nulidad constituyente

El recurso que se habilitaría para hacer efectivo el control de las limitaciones formales y materiales a cargo del órgano jurisdiccional, solo podría tener efectos de nulidad. Es decir, si el recurso es declarado fundado por el tribunal constituyente de manera estimatoria a lo reclamado por un grupo de representantes constituyentes; el órgano jurisdiccional no podría obligar al representante constituyente que vulneró los límites formales o materiales, a introducir una determinada disposición en el proyecto o propuesta de nueva Constitución, solo declarar su nulidad para que todo lo actuado se retrotraiga y se cumpla con el procedimiento previamente establecido (límite formal) o se excluya un contenido prohibido (límite material).

Si el Tribunal Constituyente ordenara que se incorpore determinado contenido, entonces estaría vulnerando la autonomía del órgano político encargado de redactar la nueva Constitución, solo podría emitir exhortaciones, las cuales tendrían naturaleza meramente recomendatoria.

V. La composición de la judicatura constituyente

Los magistrados constituyentes serían elegidos por los representantes constituyentes, los cuales, al mismo tiempo, fueron elegidos por el titular de la soberanía; de esta manera, se respetaría la naturaleza autónoma, autorreguladora y autocontroladora del poder constituyente.

VI. Conclusiones

Existe una tendencia respecto de la cual, algunas constituciones latinoamericanas han decidido habilitar la convocatoria del poder constituyente en sus Constituciones, es decir, han decidido constitucionalizar la convocatoria y regulación del poder constituyente.

La tendencia de la práctica constitucional comparada nos muestra que esta habilitación es un mecanismo de prevención que busca soslayar el quebrantamiento del orden jurídico constitucional vigente.

En Chile nunca existió la convocatoria del poder constituyente, sino la habilitación de un órgano exógeno al Congreso de la República para reformar parcialmente la Constitución y controlado por poderes constituidos.

VII. Recomendaciones

Las reformas que incorporen, en las Constituciones latinoamericanas, la habilitación de convocar al poder constituyente debe efectuarse una vez identificado el momento constituyente y antes de la materialización del acto constituyente.

Referencias

Ackerman, Bruce, *We the people*.

Constitución Política de Costa Rica.

Constitución Política de Chile.

Constitución Política de Panamá.

Quiroga León, Aníbal, "La justicia Constitucional", *Acta Académica*, Costa Rica, 3 de octubre de 1987.

Sánchez Viamonte, Carlos, *El poder constituyente,* Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina,1957.

Tribunal Constitucional del Perú, *Caso de la Regulación del referéndum*, 24 de noviembre de 2024, 374-2022, 0001-2022-PI/TC, fundamento 80.

Retos pendientes en los nombramientos judiciales del Reino Unido: la tortuosa relación con el poder ejecutivo[1] y la diversidad 2.0[2]

***

Pending goals on judicial appointments in the United Kingdom: the torturous relationship with the executive power and the idea of diversity

*Rosa Ma. Fernández Riviera**

"A judge`s lack of predisposition regarding the relevant legal issue in a case has never been thought a necessary component of equal justice [...] Indeed, even if it were possible to select judges who

* Profesora titular de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid. Visiting profesor (2017) en la *Queen Mary University* en el Reino Unido para estudiar los procesos de selección de jueces en la JAC, *Judicial Appointment Commission*, *ferrosa@ucm.es*

1 Lady Carr, Lady Chief Justice of England and Wales, "*Judges, -on and off the Bench*", lowry lecture, Belfast, 4 de septiembre de 2024, "[...] It is telling that even Locke, while he elaborated the doctrine of the separation of powers, only referred to two branches of government: the executive and the legislature- For him, as was generally understood to be the case, judges, as servants of the Crown, could be said to form part of the executive", *https://www.judiciary.uk/speech-by-the-lady-chief-justice-judges-on-and-off-the-bench/*

2 Malleson Kate, "Values diversity in the United Kingdom Supreme Court: abandoning the "don't-ask-don't-tell" Policy", *Journal of Law and Society*, vol. 49, núm. 1, marzo 2022, pp. 3-22.

did not have preconceived views on legal issues, it would hardly be desirable to do so".[3]

Resumen: el Reino Unido ha reformado su poder judicial a través de la Constitutional reform Act en 2005. Esto supuso profundos cambios en el modelo judicial de entonces, pero el diseño teórico de esta compleja reforma no ha dado, después de casi 20 años de vida resultados positivos reales. Dos aspectos continúan sin resolver, la necesidad de un modelo judicial que no esté sometido y dependa de las decisiones políticas del poder ejecutivo y, en segundo lugar, un modelo judicial representativo y diverso que sea capaz de llegar a toda la sociedad plural. La idea de diversidad ha evolucionado y ahora se refiere a no solo igualdad de hombres y mujeres sino a algo más ambicioso que exige representatividad en la judicatura.

Abstract: the UK reformed its judiciary through the Constitutional reform Act in 2005. This entailed profound changes in the judicial model at the time, but the theoretical design of this complex reform has not, after almost 20 years of life, yielded real positive results. Two aspects remain unresolved: the need for a judicial model not subordinated and dependent on the political decisions of the executive branch and, secondly, a representative and diverse judicial model that is capable of reaching out to the whole of plural society. The idea of diversity has evolved and now refers not only to equality of men and women but to something more ambitious that requires representativeness in the judiciary.

Palabras clave: diversidad, poder judicial, procedimientos para nombrar jueces, relación poder ejecutivo y poder judicial.

Key words: diversity, judicial power, procedures to appoint judges, executive and judicial power.

Sumario: I. Introducción. II. Una importante reforma constitucional en un modelo de *unwritten constitution*. III. Los nombramientos judiciales anteriores a la reforma de 2005: estables, secretos, informales y discretos. IV. La joya de la corona en ma-

[3] Justice Anton Scalia, Republican party v. White 536 U.S. 765, 777-778, 2002.

teria de nombramientos, un órgano independiente (JAC) solo de propuesta y con mucha influencia en los nombramientos. V. El eterno problema de los nombramientos: las relaciones entre el poder ejecutivo y el poder judicial. VI. La nueva manera de entender la diversidad, una versión 2.0. VII. Haciendo balance de un modelo de nombramientos que tiene retos pendientes muy importantes. Referencias.

I. Introducción

Hay que seguir pensando en el poder judicial, hay que seguir reflexionando en los procesos de nombramientos judiciales.

Muchos datos avalan estas ideas, destacaremos solo dos: primero, el crecimiento exponencial normativo y, la complejidad de los ordenamientos jurídicos requiere de jueces a la altura; segundo, esto significa que también será, más que exponencial, el —poder— que estaremos, como sociedad, depositando en nuestros jueces.

Por tanto, hay que seguir construyendo *mucho mejores* procedimientos de nombramiento de jueces.

La autora de este trabajo ha estudiado (sigue en ello) el modelo británico desde 2017; y, realizando investigaciones en el Reino Unido (Londres y Cambridge), fascinada por una construcción (teórica) de un nuevo procedimiento de nombramientos judiciales desde 2005, a mi juicio excelente, no consigue encontrar en sus resultados una coherencia necesaria.

Mi balance después de veinte años (2005 CRA, *Constitutional Reform Act*) no es demasiado positivo.[4]

[4] Andrés Ibáñez, P., "¿Qué Juez?", *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 34, 2023; número dedicado a "¿Cómo elegir buenos jueces?", pp. 14-33; Fernández Riveira, R.M., "Nuevos enfoques de la independencia judicial. Dos puntas de iceberg en la reforma de la Ley orgánica del poder judicial: la comisión permanente del CGPJ y el gabinete técnico del TS", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, UNED, 2016, pp. 375-408; Fernández Riveira, R.M., "El modelo británico de nombramientos judiciales. Judicial Independence in law", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44,

Podríamos citar muchos fallos judiciales que ponen todo lo descrito de relieve, dos sentencias de 29 de junio de 2023 lo evidencian. Una del Tribunal Supremo de Estados Unidos, (realmente son dos sentencias: nº 20/1199 Students for fair *admission Inc. v. President and Fellows of Harvard College y nº 21/707 Students for fair admission Inc. v. President and Fellows of North Caroline*).

La primera (las dos primeras) termina tajantemente con medidas instauradas desde hace muchos años de discriminación positiva para colectivos de raza negra en el acceso a la Universidad. Entiende el alto Tribunal federal, según nuevos argumentos jurídicos (que rompen una jurisprudencia consolidada muy diferente), que la igualdad debe caminar en aras de eliminar la discriminación racial en su totalidad y aquellas medidas estarían por tanto avalando un trato desigual arbitrario e injusto, sin más. La votación de seis a tres logró este nuevo fallo y cambio de jurisprudencia sobre la enmienda XIV.

La segunda sentencia, *Enemies of the people, reprise,*[5] ha declarado contraria al artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos la deportación de inmigrantes en el Reino Unido a Ruanda, una de las medidas estrella de la reciente política migratoria del primer ministro británico *Rishi Sunak*. Sentencia de 24 de julio de 2023 de la *Supreme Court* del Reino Unido.[6]

La primera mujer presidenta del Tribunal Supremo del Reino Unido, Lady Hale (2017-2020), órgano judicial creado en 2009,

UNED 2019, pp. 453-482; Fernández Riveira, R.M., "Proponer y nombrar a los jueces, LC (Lord Chancellor) LCJ (Lord Chief Justice) y la Judicial Appointments Commission (JAC)", *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, *op. cit*., pp. 182-203.

[5] Martin Kettle, "Get ready for a reprise for the enemies of the people show: it's all Sunak has got left", *The Guardian*, 5 de julio de 2023, *https://www.theguardian.com/commentisfree/2023/jul/05/enemies-of-the-people-rishi-sunak-tories-judges*; Quentin Letts, "Judges head for the beach after sinking Suella Braverman", *The Times*, 29 junio de 2023, *https://www.thetimes.co.uk/article/judges-head-for-the-beach-after-sinking-suella-braverman-q2ff5fn93*

[6] In the court of appeal (civil division), on appeal from the High Court of Justice King's Bench Division divisional court lord justice Lewis and Mr. Justice Swift, *https://www.bailii.org/ew/cases/ewca/civ/2023/745.html*

señalaba en 2019 para referirse a los jueces de este órgano: "[...] *from another Planet*".[7]

Quiénes estén ejerciendo como Jueces en los órganos judiciales es absolutamente crucial. El procedimiento inglés para nombrar a los jueces sometido a profundos cambios desde principios del siglo XXI, no consigue lograr sus objetivos y permanece en estado de observación-crítica del poder ejecutivo, de la propia judicatura (especialmente *senior Judiciary*), del mundo de la academia y, en cierta medida, de los propios ciudadanos. Tal vez entre los muchos objetivos pendientes podríamos destacar dos muy relevantes. Por un lado, la difícil articulación entre poder judicial y poder ejecutivo en materia de nombramientos. Veremos que el poder del LC (Lord Chancellor ha visto engordar y reducir sus competencias). Y, por otro, la inicial idea de diversidad centrada en la igualdad entre hombres y mujeres en los primeros años del siglo XXI, que ha ido reconvirtiéndose a una nueva versión de diversidad 2.0 centrada ahora en aspectos cualitativos o *background* personal mucho más amplio y axiológico de cada ser humano/juez.

Los jueces británicos navegan entre, el afán de conservar su prestigio y credibilidad heredados de otros tiempos y el reto (aún sin resultados constatados) de convencer de un nuevo modelo que se desarrolla en tiempos de profunda crisis económica, con pocos recursos[8] y el varapalo de un *Brexit* que se hace muy cuesta arriba.

---

7 "The judiciary needs to be more diverse so that the public feel those on the bench are genuinely 'our judges' rather than 'beings from another planet', the president of the supreme court has said [...]", *The Guardian*, 1 de junio de 2019, *White and Male Uk Judiciary, from Another Planet*, *https://www.theguardian.com/law/2019/jan/01/lady-hale-supreme-court-president-judges-diversity#:~:text=4%20years%20old-,White%20and%20male%20UK%20judiciary,another%20planet'%2C%20says%20Lady%20Hale&text=The%20judiciary%20needs%20to%20be,the%20supreme%20court%20has%20said*

8 Una muestra evidente del escenario descrito sería la saga de tres libros publicados bajo autor anónimo: *The secret barrister*, en los que se describe de manera muy detallada el funcionamiento de la realidad de los tribunales en el Reino Unido. *The Secret barrister: stories of the law and how it's broken*, 2018; *Fake law. The truth about Justice in an age of lies*, 2021; *Nothing but the truth, a memoir*, 2022.

El nuevo modelo de nombramientos descansa, en una parte muy decisiva en la JAC *Judicial Appointment Commission*: a) este órgano de nombramientos judiciales está físicamente ubicado en la quinta planta de la calle *Petty France,* 70 en Londres, sus dependencias físicas e infraestructuras son mínimas, podríamos incluso tildarlas de ínfimas; está ubicado justo enfrente del Ministerio de Justicia con quien mantiene un trato directo y permanente; su completa dotación económica proviene del ejecutivo; b) Sus 15 *commissioners* no trabajan a tiempo completo, lo hacen de manera temporal, compatibilizando su pertenencia a la JAC con sus diversas y respectivas actividades profesionales. En la composición actual, seis de son mujeres. Este órgano a su vez, trabaja con un volumen muy importante de candidatos temporales que se reclutan para integrar los llamados *panels* de selección y propuesta de candidatos (a cubrir las vacantes judiciales) que serán después recomendados por los *commissioners*, tales miembros (más de 100 según respuesta del propio staff administrativo de la JAC) no se conocen por la ciudadanía y no se publican sus nombres tampoco en la web de la JAC; c) según las cifras que publica el informe público del ministerio de Justicia[9] para 2022, de los 12 jueces del Tribunal Supremo, solo dos son mujeres; de 36 jueces de la *Court of Appeal*, 27 son hombres (*Lord Justices*) y 9 son mujeres (*Lady Justices*); y en porcentajes, de todos los órganos judiciales solo el 35% son mujeres, porcentaje que se reduce al 30% en lo que se denomina la *senior Judiciary*.[10]

En Europa, continente del *civil la*w, no es bien conocido el escenario anterior a esta reforma de la CRA 2005. Aunque el diálogo *common law-civil law* es necesario, no siempre resulta fluido y

[9] "Diversity of the judiciary: Legal professions, new appointments and current post-holders", 2022 Statistics,updated 13 July 2023, *https://www.gov.uk/government/statistics/diversity-of-the-judiciary-2022-statistics/diversity-of-the-judiciary-legal-professions-new-appointments-and-current-post-holders-2022-statistics*

[10] Malleson Kate, *op. cit*., pp. 11 y ss.; Sophie Turenne, "The 'good chap' and a 'new type of judge', the UK constitution under stress", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 50, UNED 2022, pp. 613-628; G. Gee, "Judging the JAC: How much judicial influence over judicial appointments is too much?", en G. Gee y Rackley E. (eds.), *Debating judicial appointments in an age of diversity*, Routledge, 2018, pp. 152 y ss.

fácil. Y si la tradición escrita y codificada es símbolo, al menos en teoría, de la seguridad, estabilidad y avance; la tradición y *auctoritas*, como elementos válidos y muy autorizados en otros modelos, también precisan de nuestra atención.[11] Nuestra exposición se centrará en responder diversas preguntas y, las respuestas que a continuación se explican contarán con cuatro ingredientes. Por un lado, la *información* con los datos objetivos de este proceso y del modelo creado para nombrar a sus jueces; en segundo lugar, la *crítica* fruto de varios años de trabajo, observación, investigación y reflexión;[12] en tercer lugar, la constante comparativa, a veces consciente y expresa, otras inconsciente e implícita, con el modelo español de nombramientos judiciales que atraviesa un delicado momento con un Consejo General del poder judicial *recientemente renovado, tras más de cinco años de prórroga y a la espera de una reforma*.

Y, por último, un ingrediente de *imaginación*, la política debe explorar soluciones realistas, pero también creativas que resuelvan problemas reales.

---

11 Arvind T. y Stirton L., "Legal ideology, legal doctrine and the UK's top judges", *Public Law,* 2016, pp. 418-436; Bell J., "Judiciaries within Europe", *Cambridge Studies in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, 2010; Hazell R., "Judicial Independence and accountability in the UK have both emerged stronger as a result of the Constitutional Reform Act 2005", *Public Law*, 2015, pp. 198-206; Fernández Riveira, R.M, "El modelo británico de nombramientos judiciales: 'judicial independence' in law", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 2019, UNED, pp. 453-482; Fernández Riveira, R.M, "¿Cómo se nombra discrecionalmente al poder judicial? El Consejo General del poder judicial y la Judicial Appointments Commission en el Reino Unido", Revista de Derecho Político, núm. 107, UNED, 2020, pp. 71-109.

12 Proyecto de investigación Eli-Mount Scopus Standards of Judicial Independence, Cd 2021/8 *https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects/current-projects/eli-mt-scopus/*; También se escribe como resultado escrito de la estancia de investigación, en la Universidad de Cambridge, Facultad de Derecho y en la Judicial Appointment Commission (Londres) realizada en el seno del Proyecto de investigación PR44/21-29917, SANTANDER-UCM titulado: "Sobre nombramientos de Jueces: en especial en España y Reino Unido", 2022-23.

II. Una importante reforma constitucional en un modelo de *unwritten constitution*

El Reino Unido, modelo de Constitución no escrita, experimenta a principios de siglo xxi una serie de acontecimientos relevantes que poco a poco propician una "tormenta perfecta [...]"[13] y ello se plasma en una norma constitucional escrita como es la *Constitutional Reform Act* de 2005. En ella se rediseña institucionalmente el esquema clásico de poderes públicos que hasta entonces había operado. Y, no solo se vacía de poder la figura del ministro de justicia (Lord Chancellor, LC), sino que se crea el Tribunal Supremo en 2009 (antes *Appellate Committe of the House of Lords*) y se crea también el órgano de nombramiento de jueces (*Judicial Appointments Commission*, JAC).

Su artículo 3, *apartado sexto* (CRA 2005) señala expresamente que las funciones de LC son: *i)* defender la independencia judicial, *ii)* garantizar el apoyo necesario a la judicatura para el ejercicio de sus funciones y, por último, *iii)* garantizar que el "interés público" esté protegido y presente en las cuestiones relativas al poder judicial o a la administración de justicia y así asegurar que esté debidamente representado en las decisiones que afecten a dichas cuestiones.[14]

Esto exige un diseño institucional que garantice independencia judicial y que proteja la apariencia de independencia. Pero sobre todo exige un juez legítimo (en su *dimensión estática*, esto es, elegido con un procedimiento abierto, transparente, democrático, legal, plural, representativo y auditable) y responsable en el ejercicio de sus funciones (esto es, legítimo en su dimensión dinámica, y por tanto rendidor de cuentas en sus funciones jurisdiccionales como servidor de la justicia, sin por ello lesionar, mermar o resentir su plena independencia).[15]

---

13 Bogdanor, Vernon, "Constitutional reform in Britain: the quiet revolution", *Annu. REV. Political Science*, núm. 8, 2005, pp. 73.

14 Constitutional Reform Act 2005, *https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/part/2/crossheading/continued-judicial-independence*

15 Robert Stevens, "A loss of innocence? Judicial independence and the separation of powers", *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 19, 1999, pp. 375 y ss.

El 8 de septiembre de 2003, la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa en un informe breve pero contundente titulado: "*Office of the Lord Chancellor (LC) in the constitutional system of the United Kingdom*" (Resolution 1342, 2003)[16] exponía, cual jarro de agua fría, una severa crítica al modelo inglés, al que, a continuación, le agradecía (con la oportuna sugerencia/cuasi prescripción) "la abolición" de la institución de la figura de Lord Chancellor (LC) en los términos de entonces, como preocupante prueba institucional de ruptura del principio de separación de poderes.

La institución de LC, antes de la reforma, combinaba tres funciones: *ejecutivas*, (al ser ministro del Gobierno con importantes funciones y responsabilidades en nombramientos judiciales), a su vez como *Speaker* de la Cámara de los Lores albergaba importantes competencias *legislativas* y, por último, como máxima autoridad (*Head of the Judiciary*) del poder judicial y activo juez (*Chairman of both the Appellate Committe of the House of Lords* y *the Judicial Committe of the Privy council*) poseía también rotundas funciones *judiciales*.

Todo ello prueba clara de conflicto de intereses entre la políticas gubernamentales y la independencia judicial de los jueces y de los altos tribunales, conflicto de intereses entre el papel del parlamento (Cámara alta) en los procesos legislativos y las funciones de su *Speaker* y demás *Law lords* (parlamentarios y jueces también del *Appellate committee* como alto tribunal judicial, hoy en día el Tribunal Supremo del Reino Unido) y, conflicto de intereses además de incompatibilidades entre LC como juez y como cabeza y máxima autoridad del poder judicial.

La CRA de 2005 enfrentaba un singular reto, garantizar la independencia en un escenario distinto y con nuevos problemas. Y en su articulado se confirmaba, *Lord Chancellor,*[17] de manera

[16] Office of the Lord Chancellor in the constitutional system of the United Kingdom, *http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17140&lang=en*

[17] Section (4): "The Lord Chancellor must have regard to: a) The need to defend that Independence; b) the need for the judiciary to have the support necessary to enable them to exercise their functions; c) the need for the

directa, como responsable de la permanente lucha y salvaguarda por la independencia judicial.

Resultaba gráfica, por cuanto real y expresiva, la definición y descripción que el saliente LC en el Reino Unido daba sobre los retos y dificultades implícitas en la tarea de desempeñar hoy día esta institución. "Ser hoy Lord Chancellor, es como llevar un Jarrón Ming en las manos, antiguo, valioso y frágil y además hacerlo, caminando sobre un suelo encerado".[18]

Este problema es clásico (por cuanto permanente) en modelos civil law y common law. ¿Cuánto y cómo debe estar presente el poder ejecutivo en el desarrollo y gestión del poder judicial? ¿Se afecta y lesiona la independencia judicial por la colaboración-cooperación ejecutivo-judicial?

También la relación ejecutivo-judicial en el Reino Unido ha pasado por varios escenarios y modelos antes y después de la reforma de 2005. Una relación que busca el equilibrio necesario para garantizar independencia judicial y apariencia de independencia.[19]

III. Los nombramientos judiciales anteriores a la reforma de 2005: estables, secretos, informales y discretos

P*almada en el hombro*, este era el modelo de nombramientos (*tap on the shoulder*).

Un sistema profesionalizado,[20] que contemplaba un desarrollo profesional previo y largo en el ejercicio de la profesión como

public interest in regard to matters relating to the judiciary or otherwise to the administration of justice to be properly represented in decisions affecting those matters;" Department for constitutional affairs, constitutional reform: a Supreme Court for the United Kingdom, July 2003, CP11/03.

18 Baksi Catherine, "Calls to reform 'fragile' role of Lord Chancellor. Debate over the post's future erupts after Alex Chalk KC is sworn in", *The Times,* junio de 2023.

19 Sophie Turenne, *op. cit*., pp. 613-628.

20 Fernández Riveira, R.M., "Proponer y nombrar a los jueces, LC...", *cit*.

jurista (*barrister, solicitors, other legal executives [...]*) que en algunos casos (nunca en los primeros años), podía compatibilizarse con el ejercicio a tiempo parcial como juez (*Recorder*) y que era absolutamente necesario para poder aspirar a ejercer la judicatura de manera plena (a tiempo completo) y no solo en niveles jerárquicos hasta la *High Court*, sino desde este órgano hasta niveles superiores llegando incluso hasta el Tribunal Supremo.

Con todos los matices que se quiera, el sistema consistía en un trámite sencillo:

> [...] The prime Minister was responsible for advising the Queen on appointments above those of puisne judges of the High Court. However, the Lord Chancellor would brief the Prime Minister on suitable candidates and there is no evidence of a modern Prime Minister advising the appointment of a judge not approved by the Lord Chancellor.[21]

Dicho proceso, además, se caracterizaba por su *estabilidad*, *secreto* (*secret sounding)*, *informalidad* y *discreción*.[22] Los candidatos debían demostrar sus capacidades, buen trabajo, resultados, excelencia y logros judiciales y esto, por supuesto, siendo miembros del circuito merecedor de potenciales nombramientos (*old-boy network*). Los datos (la estadística en nombramientos lo avala) reflejaban que si el tiempo de madurez y práctica judicial durante los primeros años de ejercicio se desarrollaba en circuitos judiciales alejados de los "grandes destinos" (aquellos en los que se ubicaban los principales órganos judiciales del sistema) resultaba mucho más difícil ser considerado merecedor de la tan esperada palmada.

Debían los nombrables, en algún momento, ser merecedores del acuerdo entre LC (apoyado en su secretaría de estado y sus asesores ministeriales) y la *senior judicary* (cual olimpo de los dioses). Estar fuera de este "circuito" o escaparate significaba no poder aspirar a ser nombrado, lo que sin duda hizo que muchos

---

21 Woodhouse D., *The office of Lord Chancellor*, Hart, 2001, pp. 133-134.

22 Graham Gee, Robert Hazell, Kate Malleson y Patrick O'Brien, *The politics of judicial independence in the UK'S changing constitution*, Cambridge University Press, 2015, pp. 160 y ss.

profesionales del derecho (de las profesiones descritas y de fuera de las grandes ciudades), activos en firmas o despachos operando fuera de los circuitos judiciales más relevantes, tuvieran que trasladarse a las grandes ciudades so pena de asumir sus nulas posibilidades de ser finalmente nombrados.

Un mecanismo, rápido, eficiente, barato y nada ruidoso, que disfrutaba del amplio consenso entre la *política*, el *mundo legal profesional* y el apoyo de la judicatura (*senior Judiciary*). Un mecanismo que sin duda premiaba el "mérito", porque la conciliación o sintonía, en términos políticos, se producía por añadidura sin necesidad de buscarla.[23] Una auctoritas profesional y personal, ganada lentamente por el candidato y que permitía nombrar finalmente al (supuestamente) *idóneo* evitando sorpresas o incómodas disidencias.[24]

Hombres, blancos, *barristers* (preferentemente expertos en derecho comercial), educados en Oxford y en Cambridge, de un nivel socioeconómico medio y alto, constituían (y aún hoy sigue siendo un patrón muy consolidado)[25] los rasgos descriptores de todos los nombramientos. Una clara falta de representatividad de realidad social.

IV. La joya de la corona en materia de nombramientos, un órgano independiente (JAC) solo de propuesta y con mucha influencia en los nombramientos

Un año después de la reforma de 2005 se crea la *Judicial Appointment Commission* para: *a)* desarrollar (mediante su propuesta) los procesos de selección de los puestos judiciales en Inglaterra y Gales hasta el nivel de juez de la *High Court* incluido (por debajo se denominan *puisne Judges*); para, *b)* participar [y solo con la

23 *The Times*, 31 de Marzo de 2010: "Sir Nicholas Wall named as new family justice head after months of uncertainty".

24 Graham Gee, Robert Hazell, Kate Malleson y Patrick O'Brien, *op. cit*., p. 175.

25 NICTS Judicial Statistics, *https://www.justice-ni.gov.uk/publications/nicts-judicial-statistics* Diversity of the judiciary, 2022 statistics, *https://www.gov.uk/government/statistics/diversity-of-the-judiciary-2022-statistics*

figura del presidente de la JAC (en un *comité ad hoc*)] en los nombramientos de algunas altas figuras de la judicatura inglesa tales como: *Lord Chancellor*, *Lord Chief Justice*, las presidencias de sala de la *High Court*, *Senior President of Tribunals and Courts* (SPTC) y, en los nombramientos de Jueces de la Corte de Apelación (*Lords y Ladies Justices of Appeal*), y *c)* por último, también tiene una pequeña participación, a través de la figura del presidente de la JAC (exclusivamente) en la designación y nombramiento de los Jueces del Tribunal Supremo.

Está compuesto por 15 miembros (*commissioners*), que proceden de tres ámbitos distintos: *jueces*, *profesionales del derecho* y *profesionales ajenos al mundo del derecho* (*lay members*). Su presidente debe ser un *lay member (*el anterior presidente fue Lord Kakkar nombrado en 2016, catedrático de cirugía de la UCL de Londres), 6 deben ser jueces, 2 serán profesionales del derecho, 5 serán *lay members* (además del presidente) y finalmente, habrá un miembro judicial, de formación no jurídica (similar a los jueces de paz en el sistema español).[26] Su dotación presupuestaria y sus recursos administrativos provienen y se gestionan desde el Ministerio de Justicia, lo que no deja de ser bastante llamativo en términos de independencia[27] como señalábamos en las primeras páginas.

¿Cómo se eligen los 6 lay members? Se diseña y elige un panel de tres miembros (más un cuarto que será el presidente de la JAC), por Lord Chancellor y con el acuerdo favorable de *Lord Chief Justice*. La legislación escueta que sobre este proceso existe (*Criminal Court Act 2013*) tan solo señala que los candidatos deben ser personas que en su pasado y presente no tengan ningún tipo de vinculación política o desempeño de puesto público o cualquier tipo de trabajo que las conviertan en "inapropiadas" por observar conflicto respecto de ciertos compromisos o implicaciones políticas.

¿Cómo se eligen los 7 jueces de la JAC? Los tres jueces de mayor rango, uno de la *Court of Appeal*, de la *High Court* y el más *senior*

[26] The Board of Commissioners, *https://judicialappointments.gov.uk/the-board-of-commissioners/*

[27] https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/schedule/12

Tribunal Judge son propuestos por las asociaciones judiciales (*General council of the Bar*, para los barristers; *Law Society*, para los *solicitors*; y Chartered Institute of legal Executives para los denominados legal executives). Los otros cuatro serán elegidos por un panel (elegido igual que el caso anterior para la selección de los *lay members*) que debe elegir jueces de las categorías judiciales inferiores a *High court* (district judge, circuit judge, y master o junior tribunal).[28] Los *commissioners* tendrán un mandato de cinco años renovable que en ningún caso podrá exceder de diez años.

En los *procesos ordinarios* de nombramientos, esto es, hasta un nivel de juez de la *Hight Court* (excluido), los criterios de la JAC se basan en el *mérito*, *buen carácter* y en ser barrister, solicitor, o acreditar al menos *siete años de experiencia* en el desarrollo de profesiones legales.[29] Para el resto de los nombramientos y según los artículos 70 y 79 (CRA 2005), que son los verdaderamente "relevantes", (al igual que ocurre en España con los nombramientos de magistrados en la Audiencia Nacional, en los Tribunales Superiores de Justicia y en el Tribunal Supremo) el comité *ad hoc* que se crea (desde 2013) está integrado por cinco miembros elegidos por LCJ (que equivale al presidente del TS en España) y por el presidente de la JAC. De entre esos miembros debe haber al menos dos o tres jueces senior e incluso uno de ellos ejercerá el voto de calidad, si fuera menester, en un hipotético empate de posiciones. El poder de este comité ha ido creciendo de manera exponencial y lo que es aún más difícil de entender para nuestras familias *civil law* (apoyadas en la ley escrita y en el formalismo normativo) es que siempre ha tenido, desde su creación, absoluto poder (al margen de formalidades normativas) para acordar o convenir *su propio proceso de selección o nombramiento*: aquél que estime conveniente cada comité será el que rija para cada nombramiento en cuestión.[30]

---

28 Fernández Riveira, R.M., "Proponer y nombrar a los jueces, LC...", *cit*.

29 Jan Van, Zyl Smit, "All change? Judicial appointments in England and Wales since the Constitutional Reform Act 2005", *Securing Judicial Independence. The role of commission in selecting Judges in the Commonwealth*, Siber Ink, 2017, pp. 53 y ss.

30 Ekins Richard y Graham Gee, "Reforming the Lord Chancellor's role in senior judicial appointments", *Policy Exchange,* 2021, pp. 15 y ss.

Y a todo ello debía siempre añadirse el poder de Lord Chancellor pudiendo sumar también —otros criterios— para el concreto puesto judicial a cubrir lo que, de manera muy importante, podría limitar los potenciales nombrables[31] y, en todo caso, hacer virar el procedimiento en curso hacia uno u otro candidato.

Por último, como expresábamos al principio, la JAC participa en los nombramientos judiciales de los jueces del Tribunal Supremo del Reino Unido. Lo hace también a través de un procedimiento distinto y especial vía *ad hoc committe*.[32] Este pequeño comité está formado por el presidente del Tribunal Supremo, el presidente de la JAC, otro juez senior de la judicatura y además dos miembros de los órganos de nombramientos judiciales de Escocia (*Judicial appointments Board for Scotland*) y del Norte de Irlanda (*Northern Ireland appointments commission*). Al igual que el órgano anterior, diseña su propio procedimiento de nombramiento, y trabaja en parámetros de gran "informalidad".

Expertos y estudiosos[33] han sugerido suprimir este comité en sus condiciones actuales o rediseñarlo reemplazándolo por un órgano estable a modo *senior Judiciary JAC* en el que se garantice una presencia de parlamentarios de los principales partidos políticos. Otra opción que se baraja apuesta por un mayor peso real en manos de Lord Chancellor que permita a este elegir entre varias propuestas (modelo "shortlisting") lo que recuperaría cierta capacidad del ejecutivo al ampliar el margen sobre las recomen-

---

31 Frances Gibb, "Leveson blocked from top judicial job because of age", *The Times,* febrero 2017; Owen Bowcott, "New Lord Chief Justice must be 65 or younger to navigate Brexit", febrero 2017. Ver también casos similares SSTEDH Baka c. Hungría, Gran Sala, 23 junio 2016 (en especial lo relativo a la interdicción de la jurisdicción ad hominem), STJUE 24 junio 2019.

32 Constitutional Reform Act 2005, s 25-27B y ver también SCHEDULE 8 y Judicial Appointments regulation 2013, *https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/schedule/8*

33 Graham Gee y Erika Rackley, "Challenging the JAC", *UK Constitutional Law Association Blog*, septiembre 2017, *https://ukconstitutionallaw.org/2017/09/27/graham-gee-and-erika-rackley-challenging-the-jac/* Chris Paterson y Alan Paterson Oboe, "Guarding the Guardian? Towards and independent, accountable, and diverse senior judiciary", *Centre Forum,* 2012, pp. 44 y ss, *https://strathprints.strath.ac.uk/40759/1/guarding_the_guardians.pdf*

daciones-proposiciones de la JAC o de los *ad hoc committes* (para la senior Judiciary y para los Jueces del TS). [34]

Pero si la innovación, al crear la JAC, introduciendo entre sus miembros personas ajenas a las profesiones jurídicas (*lay members*) siempre y, en abstracto, ha constituido un activo en términos de legitimidad y representatividad en los nombramientos judiciales e incluso se ha entendido siempre como una vía crucial de inyectar "diversidad" en aquellos; cómo se ha ido ajustando el verdadero peso y participación de estos perfiles (y su consiguiente *background*) ha puesto de relieve su baja participación y presencia en la elección final del candidato.

El complejo diálogo en los *panels* (arriba referidos respecto de los nombramientos para altos puestos judiciales a través del comité ad hoc) entre jueces y *lay members*, ha terminado convirtiéndose en una quimera, por cuanto difícil de articular en términos de igualdad. Los jueces poseen una capacitación, conocimientos especiales-profesionales y experiencia que no albergan los lay members y estos terminan delegando y descargando el peso de los nombramientos en aquellos.[35]

¿Queremos entonces procedimientos diseñados para encontrar y nombrar jueces solo a los mejores profesionales del derecho? ¿Es esto suficiente?

Sí, coincidimos todos en que no podemos permitirnos jueces incompetentes (la realidad jurídica y normativa en esta sociedad global es cada vez más densa y compleja). Pero, necesitamos además jueces *representativos* de la sociedad real, no solo adecuados perfiles humanos (por cuanto tal valoración siempre será problemática y subjetiva), bastará que sean reales y fiel ejemplo de la

[34] "[...] The benefits of a greater involvement of politicians are more contentious. Some argue that politicians may be more responsive to the need for a diverse judiciary than the senior judges whose influences has been so significant in the ad hoc bodies. Part of the argument is that, unlike judges, politicians are democratically accountable and there is now considerable public interest in judicial diversity [...]", Jan Van, Zyl Smit, *op. cit*., p. 70.

[35] Graham, Gee, "Judging the JAC: How much judicial influence over judicial appointments is too much?", *Debating Judicial Appointments in an Age of diversity*, Routledge, 2018, pp. 151 y ss.

sociedad a la que sirven como poder público en el ejercicio de la función jurisdiccional. La empatía, buen carácter y el mérito son parámetros muy anchos, subjetivos y cambiantes.

V. El eterno problema de los nombramientos: las relaciones entre poder ejecutivo y poder judicial[36]

¿Qué dice la section 5 de la *Constitutional Reform Act*?

> [...] The president of the Supreme Court may lay before Parliament written representations on matters that appear to the President to be matters of importance relating to the Supreme Court or the jurisdiction it exercises. The Chief Justice of any part of the UK may lay before Parliament written representations on matters that appear to him to be matters of importance relating to the judiciary, or otherwise to the administration of justice, in that part of the UK [...].

El papel (en términos de poder real) del poder ejecutivo en los procesos de nombramiento selección de los jueces en el Reino Unido (de manera especial en Inglaterra y Gales) ha pasado por diversas fases que vamos a tratar de describir brevemente.

[36] The roles of the Lord Chancellor and the Law Officers, pp. 55-58, en ellas quedan claras las preocupaciones del nuevo papel de LORD CHANCELLOR, por un lado, la necesidad de que tenga un perfil de experto jurídico de manera obligatoria o, la conveniencia de considerar dicho perfil como un activo, pero no como condición sine qua non. Además, su papel en los nombramientos judiciales después de la CRA aunque ha quedado reducido, no debe incrementarse con nuevos métodos como el sistema de posible elección de entre una breve lista de candidatos propuesta por la JAC, se valora que solo tenga capacidad para aceptar, rechazar o solicitar la reconsideración del candidato, ello garantiza no solo la transparencia del sistema establecido sino también la independencia y protección de demasiada "politización" de los candidatos finalmente nombrados, *https://committees.parliament.uk/publications/33487/documents/182015/default/*

5.1. Modelo fuerte de un LC con un papel muy relevante (decisivo) en los nombramientos (etapa anterior a 2005)

En el modelo *tap on the schoulder*, *Lord Cha*ncellor ostentaba cuasi la totalidad del peso y autoridad de los nombramientos; fluía una cómoda situación silenciosa de entendimiento entre la senior Judiciary y el ministro de Justicia (LC) que gestionaba de manera discreta y pausada cada nombramiento, bajo procesos no escritos e informales.[37]

5.2. Modelo minimalista con la JAC, otorgando un papel a LC muy reducido (2006 hasta 2016 aproximadamente)

Después de la reforma (con la JAC) se recorta y minimiza su poder a un sencillo rechazo o solicitud de reconsideración de un candidato (por supuesto de manera motivada). Además de, obviamente, la opción de aceptar el candidato propuesto como el elegido por la JAC.

Actores de todo tipo en los procesos de selección entienden que la reducción drástica de capacidad de influencia y decisión en los nombramientos judiciales de LC (esto es del ejecutivo) tiene negativas consecuencias: *i)* no se permite canalizar el interés (en términos de adecuación y proporcionalidad, asunto este que requeriría de otro *paper* para su análisis en profundidad) del

[37] "The Lord Chancellor always consulted with senior judges about candidates for appointment—but this was by convention, rather than a statutory requirement. These secret soundings, as they were known, were taken very seriously, and weighed heavily with Lord Chancellors, and thus gave senior judges significant sway over individual selections. But Lord Chancellors were not bound by judges' views about who should be appointed, and from time to time would depart from the judges' views. The result was a ministerial model mixing both political and judicial influences, where judges enjoyed considerable influence, but where the final decision about who to appoint was made by or on the advice of the Lord Chancellor [...]", *Policy Exchange 2021*, "Reforming the Lord Chancellor role in Senior judicial appointments", Ekins Richard y Graham Gee, *op. cit*.

Gobierno en los nombramientos individuales de altos cargos judiciales; *ii)* se está ocasionando un vacío de responsabilidad en los nombramientos individuales; *iii)* no se está proporcionando el liderazgo político necesario e ideal que podría conducir a un progreso más rápido y visible en la diversificación del poder judicial (no solo en términos de hombres y mujeres, sino también de minorías étnicas o colectivos sociales); *iv)* al no garantizar el tipo de aportación ministerial significativa (con todo lo que eso tradicionalmente ha conllevado en el funcionamiento del modelo británico) en los nombramientos individuales de altos cargos se pierde una enorme oportunidad de promover y proteger la independencia judicial.

5.3. Modelo de reajuste, tras más de 15 años de experiencia de la JAC, en el que se sopesan los efectos del profundo cambio experimentado (2017 hasta la fecha)

Y, en los últimos años, como tercera etapa identificable el debate descansa en la reivindicación de un *Lord Chancellor* con más poder frente a una senior Judiciary cada vez más poderosa en los procedimientos de la JAC. Y ello se articula en el nuevo mecanismo reclamando una *shortlist* (varios candidatos propuestos por la JAC y no solo uno para cada puesto a cubrir) de la que finalmente pueda LC elegir al candidato.

Lord Sumption, antiguo *commissioner*, ha sido claro al señalar que uno de los principales problemas del actual sistema de nombramientos es el empeño del ejecutivo (ministro de Justicia) en conservar fuertes poderes a lo largo de todo el proceso de propuesta-nombramiento. Desde el Gobierno se apuesta, tradicionalmente, por nombrar jueces profesionales con experiencia demostrable y confirmada, frente a candidatos que quizá demuestren un gran potencial, pero carezcan del aval de una trayectoria y experiencia profesional. Esta política resulta rentable en términos económicos (no se requieren grandes dosis de formación y cualificación tras el nombramiento) pero en cambio es contraria o muy poco compatible con el incremento de la diversidad (y representatividad) en los nombramientos en tanto en cuanto muchos perfiles (que no pueden justificar años de experiencia

o referir contactos, en términos de *mentoring*, de incontestable valía [...]) quedan excluidos.

Pero ¿qué está pasando? ¿Por qué el modelo diseñado ya hace más de 17 años sigue sin dar buenas cifras y resultados en términos de diversidad, eficiencia, representatividad y, en consecuencia, aceptación social?

La ilusión y cifras de 2006 son hoy una quimera. Los datos señalan que en 2006 el 14% de todos los puestos judiciales, en todos los niveles, se cubrían con minorías étnicas de asiáticos y africanos, y de estos el 41% eran además mujeres. Solo dos años después, los referidos porcentajes se redujeron al 8% y a 34%. Y esta tendencia reduccionista ha seguido cayendo.[38] Y todo ello a pesar del gran punto de inflexión que significó el trabajo volcado en el informe (*Advisory Panel on Judicial diversity*) realizado en 2010 y que gracias a sus recomendaciones consiguió que el Parlamento aprobara la primera modificación de la CRA de 2005 con la *Criminal Court Act* de 2013 que señalaba que en igualdad de mérito en los procesos selectivos la provisión, la plaza judicial se cubriría preferiblemente por una mujer o un miembro perteneciente a las minorías étnicas sociales.

A principios del 2023 se presentaron en la comisión de asuntos constitucionales en el parlamento de Westminster las conclusiones del trabajo de investigación y estudio sobre el nuevo papel desempeñado por LC después de casi 18 años de la reforma constitucional de 2005. En definitiva, sobre las relaciones entre el poder ejecutivo (la política) y el poder judicial (la judicatura)[39].

Son muchas las reflexiones que expertos como Graham Gee o Patrick O'Brien dedicados al estudio de la reforma todos estos años expresaron. Lo que quedó claro es que Lord Chancellor debe ser el guardián de la judicatura y de su independencia, al igual que el secretario de Estado de salud lo es del sistema nacional de Salud. La verdadera amenaza de la independencia judicial

[38] Diversity of the judiciary, 2023 statistics, *https://www.gov.uk/government/statistics/diversity-of-the-judiciary-2023-statistics*

[39] Constitution Committee, *https://committees.parliament.uk/oralevidence/9897/html/*

no es la "politización" del poder judicial y sus nombramientos, frutos del nuevo modelo CRA de 2005, la verdadera amenaza del siglo XXI es la falta de recursos económicos que se traduce en ineficacia e ineficiencia en la esencia del modelo judicial, así como su falta de representatividad y diversidad.

Casi 40 años después de la obra de John Griffith profesor de la London School of economics, *The Polítics of the Judiciary, él y* autores posteriores siguen coincidiendo en que los jueces permanecen como una *élite conservadora demasiado tímida en la lucha contra los intereses establecidos que están siendo cuestionados por los ciudadanos y por los últimos cambios sociales en democracia*.

VI. La nueva manera de entender la diversidad, una versión 2.0

No podemos entender hoy la diversidad como la simple presencia equilibrada entre hombres y mujeres.

¿Por qué y para qué una judicatura diversa (representativa), si eso (a priori) no garantiza unos mejores pronunciamientos judiciales en términos de calidad estrictamente jurisdiccional?[40]

Lord Sumption decía en 2012 (antiguo *commissioner* de la JAC) que hablar de diversidad en un discurso público es garantía de granjearse un buen número de enemigos o enemistades.[41] Además de la legitimidad (en su construcción dinámica y cambiante) hay otras razones que avalan la importancia de una judicatura diversa:

1.- Deben darse en los fallos judiciales *distintas y plurales* deliberaciones de sus miembros para elaborarlos y defenderlos.
2.- La diversidad asegurará en la *carrera judicial la actualización necesaria para dar respuestas a los grandes retos* (tec-

[40] Cahill-O'Callagham, R., *Values in the Supreme Court: decisions, divisions and diversity*, Oxford Hart Publishing, 2020.

[41] *Bar Council Law reform Lecturer*, 2012, *https://www.supremecourt.uk/docs/speech-121115-lord-sumption.pdf*

nología, datos, redes sociales, inmediatez en la comunicación, globalidad, diálogo entre jurisdicciones nacionales e internacionales, etc.) Los cambios demandan jueces que reflejen las nuevas sensibilidades y concepciones culturales y sociales.

3.- Los *razonamientos judiciales deben manejar elementos teóricos y prácticos* (conciencia social, empatía, comprensión, destrezas, cercanía) de las realidades sociales plurales y heterogéneas. La mixtura de estos ingredientes es la clave del éxito de un buen razonamiento jurídico, por cuanto legal, plural y legítimo.

4.- Un concepto de *mérito dinámico, amplio y complejo* que debe ser entendido, interpretado y reinterpretado a la luz de los tiempos. Ello hace que se reivindique también *un concepto colectivo* de mérito (en términos de pertenencia social, sesgo cultural, orientación sexual, género, raza, religión, ideología) y no solo un concepto individual y personal del mismo.

5.- La diversidad es necesaria también como *garantía de igualdad de oportunidades en el acceso a la judicatura* lo que permitirá (en el largo plazo) la optimización del talento y de las capacidades como otros ingredientes configuradores del mérito.

6.- La diversidad es *imprescindible para formar parte real y efectiva de la comunidad internacional*. Una judicatura que no es diversa no resulta creíble para la comunidad internacional, no puede interiorizar los estándares internacionales de independencia, eficiencia, imparcialidad, rendición de cuentas (*accountability*).

7.- La diversidad sinónimo de *mayor confianza pública en la justicia*. El justiciable confiará más en una judicatura diversa en la que se sienta representado, reflejado, entendido. No será algo extraño o ajeno, será parte.

8.- La diversidad (o la ausencia de ella) es una *excelente herramienta para que la propia judicatura pueda sopesar y dimensionar en su fuero interno* qué sesgo, polarización o parcialidad existe en los fallos judiciales (*iuris dictio*).

9.- La diversidad ayudará al diálogo entre los fallos judiciales y los medios de comunicación que se hacen eco (incluso

crítica) de sus argumentos. Será una herramienta positiva en el acercamiento-empatía (*sensitivity*) de la judicatura a la política, sin merma alguna de su innegociable independencia.

VII. Haciendo balance de un modelo de nombramientos que tiene retos pendientes muy importantes

Reformar una Constitución material y no escrita resulta una tarea compleja. La reforma constitucional del Reino Unido en 2005 es aún hoy, poco conocida y entendida por la comunidad internacional. Es incontestable que la judicatura inglesa siempre ha gozado (hoy también) de un prestigio fuera de toda sospecha. Y ello sorprendentemente a pesar del viejo diseño institucional *al estilo espíritu santo*, tres poderes en una única persona, (nos referimos a su viejo Lord Chancellor).

Es importante en el proceso descrito anteriormente poder identificar los múltiples actores que protagonizaron tal reforma: *a)* la *sociedad internacional* (de manera muy especial la Unión Europea y el derecho de la Unión con su carta Europea de Derechos Fundamentales y, además, el Convenio de Roma) y sus demandas y reivindicaciones de falta de apariencia de independencia judicial; *b)* la *Senior Judiciary*, como un *establishment* poderoso, una élite conservadora (mayoritariamente blanca, inglesa, hombres, barristers, educados en Oxford y Cambridge), no acostumbrados a rendir cuentas, de excelentes estándares profesionales y silenciosamente endogámico; *c)* el *ejecutivo* británico y sus políticas, focalizado en la figura (a través de sus distintos perfiles y carismas) de Lord Chancellor y las políticas propuestas por esta institución en sede parlamentaria en materia de nombramientos judiciales; *d)* la *sociedad civil británica*, presente (muy tímidamente) en el nuevo modelo a través de la figura de los *lay m*embers de la JAC, pero carente de la fuerza, credibilidad y conocimiento para incidir de manera real y efectiva en tales nombramientos, y *e)* otros *stakeholders* defensores (o impostores) de la diversidad (academia, judicatura, políticos, lawyers, medios de comunicación, tejido económico, etc.).

Las nuevas ideas de la reforma que dibujan la creación de un órgano público independiente con competencia solo de propuesta e identificación y no de nombramientos judiciales, han resultado muy interesantes y valiosas. Pero el diseño JAC ha sido un gigante con pies de barro. Y si quien puede lo más, debería teóricamente poder los menos. ¿Por qué se abordó, de manera relativamente fácil y rápida, una complicada reforma institucional del poder judicial y, sin embargo, casi veinte años después no hay resultados reales que avalen la razón y objetivos de esta? La diligente y firme *voluntad política* del profundo cambio en 2005 sorprendió a una senior Judiciary poco consultada y tenida en cuenta entonces. Y, ahora, la escasa *voluntad política* de cambios reales se suma a una senior Judiciary conocedora y celosa de su poder y de los nuevos resortes que manejar en la sombra para su perpetuidad, haciendo, ambos elementos, que las innovaciones y diseños de la CRA sencillamente sean un gran esfuerzo sin un resultado proporcional.

Es algo ciertamente preocupante que no se lograran (en un primer momento) datos claros de mejora con una primera idea de diversidad (tras la reforma de 2005), que con la *Crime court Act de 2013* apostaba por la preferencia de mujeres en igualdad de méritos. La diversidad (más bien su ausencia) sería sin duda la clave del éxito y es en cambio el talón de Aquiles que explica, en gran parte, el no avance. La apuesta sin fisuras por la transparencia, la estabilidad del sistema de nombramientos, la certeza de procedimientos formales (frente al exceso de años de informalidad procesal) y la regulación estatutaria han devenido en un espejismo temporal de cambio que ante tal involución reclama de nuevo un sistema de *quotas positivas* de discriminación a favor de mujeres y colectivos minoritarios desfavorecidos (*blacks, asians, and minority etnichs (BAME)*), así como de otros espacios sociales también poco representados (sin ser grupos minoritarios). Solo una judicatura diversa y representativa podrá realizar y encarnar los verdaderos cambios que el modelo (ya diseñado) permite y mantiene en su esencia a la espera de desarrollo.

La nueva idea de diversidad en el poder judicial requiere de procedimientos que fomenten unos jueces más diversos y por ello realmente representativos de la realidad, pluralidad y heterogeneidad social. Jueces conservadores, progresistas, cristianos,

judíos, musulmanes, budistas, heterosexuales, homosexuales, transexuales, jueces blancos, jueces pertenecientes a colectivos raciales minoritarios.

Tantos diversos jueces como diversa es nuestra sociedad. Cahill-O'Callagham pone de relieve lo abrumador que resulta comprobar en los fallos judiciales cuántas veces los razonamientos jurídicos de tales sentencias refieren términos como: interés general, valor común, principio de seguridad, libertad, principio de seguridad, principio de proporcionalidad, justicia social y, un larguísimo etc. de ideas, valores, principios y máximas que el ordenamiento regula demandando necesariamente un amplísimo margen de interpretación y comprehensión.

Es evidente, para realizar estas tareas necesitamos jueces diversos.[42]

Referencias

Andrés Ibáñez, P., "¿Qué Juez?", *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 34, 2023; número dedicado a "¿Cómo elegir buenos jueces?".

Burnett of Maldon (LCJ), *Open Justice today*, Commonwealth Judges and Magistrates conference 2023.

Cairns Way Rosemary, "Reforming Judicial Appointments: change and challenge", *Revue du Droit, de L'Université du Nouveau-Brunswick,* vol 68, 2017.

Cahill-O'Callagham, R., *Values in the Supreme Court: decisions, divisions and diversity*, Oxford Hart Publishing, 2020.

Dermot Feenan, "Women judges: gendering judging, justifying diversity", *Journal of Law and Society*, vol. 35, núm. 4.

Delaney E., "Searching for Constitutional meaning in Institutional design: the debate over Judicial Appointments in the United Kingdom", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, núm. 3, julio 2016.

[42] Cahill-O'Callagham, R., *op. cit*., pp. 3 y ss.

Ekins Richard y Graham Gee, "Reforming the Lord Chancellor's role in senior judicial appointments", *Policy Exchange,* 2021.

Fernández Riveira, R.M., "Proponer y nombrar a los jueces, LC (Lord Chancellor) LCJ (Lord Chief Justice) y la Judicial Appointments Commission (JAC)", *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 34, 2023; número dedicado a "¿Cómo elegir buenos jueces?".

Graham Gee, Robert Hazell, Kate Malleson y Patrick O'Brien, *The politics of judicial independence in the UK'S changing constitution*, Cambridge University Press, 2015.

Harris Allison P., "Can Racial diversity among judges Affect sentencing outcomes?", *American Political Science Review*, vol. 118, núm. 2, 2024.

Jan Van, Zyl Smit, "All change? Judicial appointments in England and Wales since the Constitutional Reform Act 2005", *Securing Judicial Independence. The role of commission in selecting Judges in the Commonwealth*, Siber Ink, 2017.

Welsh Josie, "The power of a Lord Chief Justice (LCJ)", *UK Constitutional Law Association*.

Nieva-Fenoll, Jordi, "Aproximación a la esencia de la discrecionalidad judicial", *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 2022.

Nuno Garoupa y Tom Ginsburg, *Guarding the guardians: judicial councils and judicial independence*, 57 am. J. Comp. l. 103, 2009.

Ribotta Silvina, "¿Qué juezas y jueces debe tener un Estado democrático? Análisis de los criterios de selección y formación de jueces y juezas", *Oñati Socio-Legal Series,* vol. 13, núm. 3, 2023.

Rozenberg Joshua, "JAC of all trades: should ministers pick Judges?", *The Law Society Gazzette*, enero de 2023.

Posner Richard A., *How judges think?,* Cambridge Massachusetts, Harvard University, 2008.

Rosado Iglesias G., "La autonomía judicial en España: el Consejo general del poder judicial", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 72, núm. 282, 2022, México.

Vidal Marin T., "Una propuesta conciliadora para los miembros del Consejo general del poder judicial: la necesaria despolitización del mismo y la superación de las situaciones de bloqueo", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 51, UNED, 2023.

Wynn J. Andrew y Mazur P., "Judicial diversity: where independence and accountability meet", *Albany Law Review*, vol. 67, 2003-2004.

¿Del control concentrado al control difuso por vía pretoriana? Un análisis del caso de Paraguay

***

From concentrated to diffuse control through judicial precedent? An analysis of the Paraguayan case

*Diego Moreno Rodríguez**

Sumario: I. A modo de introducción: rigidez constitucional y cambios formales e informales a la Constitución. II. Una breve descripción del sistema concentrado o centralizado de control constitucional en Paraguay. III. ¿Hacia un modelo difuso de control constitucional por vía pretoriana? IV. A modo de conclusión: ¿hacia más reformas informales de la Constitución? Referencias.

* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca y Máster en Derecho (LLM) por la Universidad Columbia de la ciudad de Nueva York. Profesor de Teoría Constitucional en la Universidad Nacional de Asunción. Ex presidente del Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional. Esta ponencia se base en una versión previamente presentada en idioma inglés para su publicación en *2023 International Review of Constitutional Reform*. Se han reestructurado y reescrito sustancialmente algunas partes de dicha versión previa para esta ponencia, además de realizar otras modificaciones y algunos añadidos en el texto y en las notas a pie de página que no se incluían en la versión original en inglés.

I. A modo de introducción: rigidez constitucional y cambios formales e informales a la Constitución

La Constitución de la República del Paraguay de 1992 fue adoptada en el contexto de una transición hacia la democracia después de la caída de la última dictadura militar del país, que duró casi treinta y cinco años. No es de extrañar que, en tales circunstancias, los convencionales reunidos en la asamblea constituyente encargada de redactar la ley fundamental hayan optado por establecer mecanismos de cambio constitucional muy rígidos.[1] Al menos algunos convencionales tenían la clara intención de que la Constitución que se hallaban redactando perdurase por varias décadas.[2]

Todo esto tenía mucho sentido en el momento en el cual la Convención Nacional Constituyente de 1992 deliberaba sobre lo que habría de convertirse en la nueva Constitución, considerada por algunos como la primera de carácter democrático de la historia del país.[3] El temor a una regresión autoritaria se hallaba latente, y llegó a amenazar el trabajo de la propia Convención. Por tanto, resultaba natural blindar a la naciente Constitución ante posibles ataques que pudieran poner en entredicho el experimento democrático que se pretendía poner en marcha.

Ahora bien, habiendo transcurrido más de treinta años desde su entrada en vigor, uno puede analizar la excesiva rigidez de la Constitución de 1992 desde una óptica distinta. Sin dejar de valorar el hecho de que la Constitución haya resistido durante todo este tiempo a distintos tipos de ataques, y de que en Para-

---

1 Para una descripción de las reglas de cambio constitucional en Paraguay, véase Moreno Rodríguez, D., "Problemas de diseño en los procedimientos de modificación formal de la Constitución", en AA.VV., *Comentario a la Constitución*, t. VI, Asunción, Corte Suprema de Justicia, 2024.

2 Campos Cervera, R. *Actas. Comisión Redactora*, 10 de abril de 1992, expresado que varios convencionales se habían hecho eco de la idea de que la Constitución perdurase, en su integralidad, por 50 o 60 años, *https://www.bacn.gov.py*

3 Bareiro, L., "La primera constitución democrática de la historia del Paraguay", *http://www.cultura.gov.py/*; y Cano Radil, B., *Manual de derecho constitucional y político,* Asunción, Ediciones Jurídicas, 2003, p. 146.

guay se haya vivido el periodo de democracia y de libertades más extenso en la historia política del país (con todos sus defectos), lo cierto es que la rigidez de la Constitución merece un análisis aparte. En efecto, como resultado de los temores de hace treinta años atrás, hay quien afirma que hoy la Constitución paraguaya se halla entre las diez constituciones más rígidas del planeta.[4]

Por supuesto, y dependiendo del contexto y de la cultura política de cada país, la rigidez constitucional puede representar ciertas ventajas, como por ejemplo, promover la estabilidad, evitar cambios irreflexivos o que favorezcan solamente a mayorías políticas coyunturales, etc. Pero la rigidez excesiva, sobre todo en el marco de una Constitución de impronta reglamentarista,[5] también puede suponer algunos inconvenientes. Por ejemplo, la rigidez excesiva impide reformas que podrían contribuir a mejorar ciertos aspectos en torno al funcionamiento de las instituciones, al fortalecimiento de la democracia y a la protección de los derechos, o en general, a adecuar de mejor manera la Constitución a las realidades y desafíos de los nuevos tiempos. En otras palabras, la rigidez tiene sus ventajas, pero también sus desventajas. Por supuesto, el desafío para quienes redactan constituciones radica en buscar un justo equilibrio, evitando una Constitución excesivamente rígida, pero que tampoco quede al arbitrio de mayorías circunstanciales.

Sea esto como sea, lo cierto es que las constituciones excesivamente rígidas pueden ser proclives también a ser cambiadas por medios ajenos a los cauces constitucionalmente establecidos, los cuales, además de establecer las reglas del juego institucional, permiten un mayor control democrático. Esto es exactamente lo que ha ocurrido en Paraguay. De este modo, si bien la Constitución ha sido objeto de una sola enmienda formal en sus treinta años de vigencia,[6] lo cierto es que ha sufrido varias modificaciones informales, a mano de los tres poderes del Estado (e incluso de otros órganos inter o extra poderes), en no pocas ocasiones,

---

4 Albert,R.,*https://twitter.com/RichardAlbert/status/1769338457682288702*

5 Si incluimos las disposiciones finales y transitorias, la Constitución tiene más de 300 artículos. Varios de ellos presentan un nivel de regulación muy detallado.

6 Se trató de la enmienda al artículo número 120, llevada a cabo en 2011, que reconoció a los paraguayos residentes en el extranjero el derecho al voto.

lo cual a la postre se traduce en el fenómeno conocido en la teoría constitucional de las "mutaciones constitucionales".[7]

Por su posición en el sistema político, uno de los actores que ha tenido la ocasión de efectuar este tipo de cambios con cierta frecuencia y eficacia ha sido precisamente la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Al ocupar una posición privilegiada para interpretar la Constitución y aplicarla al resolver casos concretos, posee un rol excepcional dentro del sistema, y sus interpretaciones de la ley fundamental pueden llegar a revestir carácter definitivo.

En esta ponencia se examina precisamente uno de los cambios recientes que ha sido introducido por la Sala Constitucional. Se trata de una línea jurisprudencial introducida en 2023 y que, de consolidarse, supondría, ni más ni menos, que una posible modificación que afecta al diseño mismo del modelo de control constitucional establecido en la Constitución de 1992, que es uno de los aspectos más sensibles de cualquier Constitución. Si mi lectura es adecuada, esta línea jurisprudencial tiene el potencial de transformar el sistema concentrado establecido en la Constitución de 1992, a un sistema de control difuso, por vía puramente pretoriana, pues no existe elemento alguno anclado en el texto, en la estructura, en la práctica o en la historia constitucional que avale esta orientación.

El objetivo de esta ponencia es describir de forma puntual este cambio, explicar los fundamentos de la Sala Constitucional, insinuar algunos de sus problemas, y dejar abierta una agenda de investigación para el futuro en torno a este tipo de cambios constitucionales no formales.

II. Una breve descripción del sistema concentrado o centralizado de control constitucional en Paraguay

A fin de comprender y dimensionar la magnitud del cambio descrito en esta ponencia, es importante comenzar describiendo el

[7] Loewenstein, K., *Teoría de la constitución*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1976, pp. 164 y ss.

sistema de control constitucional establecido en la Constitución de Paraguay de 1992.

Paraguay tiene lo que generalmente se conoce como un sistema "concentrado" o "centralizado" de control constitucional, donde solo la Corte Suprema o su Sala Constitucional (las cuales constituyen la instancia más alta dentro de la estructura del Poder Judicial), tienen la autoridad para declarar la inconstitucionalidad de leyes y otros instrumentos normativos de inferior jerarquía, sobre la base de su incompatibilidad con la Constitución. De este modo, el sistema paraguayo se opone a los modelos "descentralizados" de control constitucional, en los cuales cualquier juez ordinario, en el curso de los casos y controversias que sean sometidos a su conocimiento, poseen la autoridad de declarar inconstitucionales leyes y otros instrumentos normativos.[8]

La Corte Suprema de Justicia del Paraguay está compuesta por nueve magistrados (que llevan el título de "ministros"), y se halla organizada en tres salas diferentes de tres magistrados cada una, siendo una de ellas la Sala Constitucional. En distintos artículos, la Constitución otorga la facultad de control constitucional tanto a la Corte Suprema en sí misma, como a su Sala Constitucional de forma más específica.[9] En consecuencia, la ley que regula la Corte Suprema (Ley 609/95) establece que, de acuerdo con sus disposiciones, la Sala Constitucional puede integrarse con la totalidad de los nueve ministros de la Corte. Aunque la Corte Suprema integrada con sus nueve magistrados ha decidido casos importantes en los cuales se ha discutido la constitucionalidad de leyes y de otros instrumentos normativos, el grueso del trabajo en materia de control judicial recae de ordinario en los tres magistrados de la Sala Constitucional.

Existen diferentes vías constitucionales y procesales para impugnar la constitucionalidad de las leyes y otros instrumentos jurídicos.[10] En primer lugar, cualquier ciudadano puede atacar di-

---

8 Cappelletti, M. y Cohen, W., *Comparative constitutional law*, Indianapolis, Bobbs Merrill, 1979, pp. 73 y ss.

9 Constitución de la República del Paraguay, arts. 132, 259 numeral 5 y 260.

10 En tanto que la Constitución establece las vías de la acción y la excepción (artículo 260 *in fine*), el Código Procesal Civil prevé una regulación más

rectamente la constitucionalidad de una ley en un procedimiento especial diseñado a tal efecto. Pero también puede darse el caso de que, si surge una cuestión constitucional en el contexto de un caso ordinario, por ejemplo, un procedimiento civil en el que se cuestiona la constitucionalidad de una ley aplicable, los jueces inferiores puedan en estas circunstancias (aparte e independientemente de la posición que asuman las partes en el caso)[11] remitir a la Sala Constitucional una ley que se considere aplicable al caso.[12] Este procedimiento, denominado en ocasiones de forma algo impropia como de "consulta constitucional", tiene como único objetivo obtener una declaración de la Corte Suprema o de su Sala Constitucional especializada sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada, previo a la decisión del caso por el juez o tribunal ordinario.[13]

Como puede verse, se trata de una solución obvia dentro de un sistema de control concentrado o centralizado. Dado que los jueces inferiores carecen del poder de declarar la inconstitucionalidad de leyes y otros instrumentos por sí mismos, la solución lógica es la de permitirles remitir leyes potencialmente inconstitucionales al tribunal u órgano especializado con autoridad para decidir sobre la constitucionalidad de las mismas. Recién una vez que la Sala Constitucional (o la Corte Suprema actuando con sus nueve magistrados) adopte una decisión sobre la constitucionalidad de la ley, los jueces inferiores podrán resolver el fondo del caso sometido a su conocimiento. Si la Sala Constitucional considera que la ley es inconstitucional, los jueces inferiores no aplicarán la ley para la solución del caso en cuestión.

detallada, en atención a que el artículo 132 de la Constitución permite, a criterio de algunos, que la ley regula la forma y los alcances de la declaración de inconstitucionalidad.

11 En efecto, la regulación procesal permite no solo a los jueces, sino también a las partes afectadas, la activación de los mecanismos tendientes al control constitucional.

12 Esta facultad se halla consagrada en el Código Procesal Civil, art. 18, (inciso a).

13 Para un tratamiento riguroso y completo, véase Torres Kirmser, J.R. y Fossati López, G., *La excepción de inconstitucionalidad y su relación sistemática con la consulta constitucional,* Asunción, La Ley, 2022.

El sistema paraguayo ha funcionado precisamente de esta manera durante décadas, y ejemplos de este tipo "en los cuales los jueces ordinarios poseen algún tipo de autoridad de remisión a sus órganos constitucionales especializados de leyes consideradas inconstitucionales y aplicables al caso que deben resolver" tampoco son desconocidos en el derecho constitucional comparado, sino todo lo contrario.[14]

III. ¿Hacia un modelo difuso de control constitucional por vía pretoriana?

3.1. Marco fáctico del caso y el leading case de la Sala Constitucional

En 2023, y luego de un cambio en la composición de sus miembros, la Sala Constitucional dictó el Acuerdo y Sentencia 422/2023, en el cual fijó un precedente que, de consolidarse, podría acabar por modificar por completo el sistema de control constitucional establecido en la Constitución de 1992 y descrito en el apartado anterior. En la práctica, la decisión de la Sala Constitucional otorga a cualquier juez —no solo a los miembros de la Corte Suprema o de su Sala Constitucional— la facultad de ejercer alguna forma de control judicial.

Los hechos del caso que dieron lugar a la decisión no eran de la máxima relevancia constitucional. Sin embargo, habían creado un cierto problema dentro de la comunidad jurídica, ya que se hallaba en juego la aplicación de una ley que algunos consideran violatoria del principio de igualdad, y que versa sobre la cuantificación de los honorarios que pueden percibir los abogados por los juicios en los que intervienen y en los cuales el Estado paraguayo sea parte (en concreto, se trata del artículo 29, Ley 2421/04). Dicha disposición establece que, cuando el Estado actúa como demandante o demandado en un caso, los jueces deben

[14] Rubio Llorente, F., "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa", en Rubio Llorente, F., *La forma del poder,* 2a. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 556 y ss. (aunque por supuesto, el instituto no es privativo del ámbito europeo).

reducir al menos a la mitad el monto que los abogados intervinientes pueden percibir en concepto de honorarios, estableciendo así una excepción a la norma contenida en la ley que regula los aranceles a los cuales tienen derecho los abogados.[15] En la práctica, esto supone que los abogados ganan mucho menos por su trabajo en estos casos, por la única razón de que el Estado (o sus organismos), han actuado como parte en el caso de que se trate.

Dado que la Constitución de Paraguay solo reconoce efectos *inter partes* a sus decisiones, hubo un patrón repetitivo de casos que disputaban la constitucionalidad de la ley en cuestión ante la Sala Constitucional, con fallos contradictorios, dependiendo de qué magistrados integraban la Sala. (La composición de la Sala puede cambiar, por ejemplo, en caso de que algún ministro se excuse o sea recusado con base a lo establecido en la ley que regula la Corte Suprema, en concordancia con las leyes procesales aplicables, en cuyo caso deben ser reemplazados por ministros de otras Salas y/o de conformidad a lo previsto en la normativa procesal aplicable.)

Volviendo a la decisión comentada en esta ponencia, a pesar del lenguaje claro de la Constitución, en una decisión dividida, dos de los tres miembros de la Sala Constitucional se expidieron, mediante el ya citado Acuerdo y Sentencia 422/2023, en lo que constituye una decisión que, en términos prácticos, equivale a una potencial transformación del sistema de control judicial establecido en la Ley Fundamental.

Los argumentos de la Corte se presentarán más detalladamente en la siguiente sección. Baste por ahora con señalar que el fallo parece abrir las puertas para migrar desde un modelo concentrado, en el que solo sus órganos especializados pueden ejercer el poder de control judicial (la Corte Suprema y su Sala de lo Constitucional), a un modelo descentralizado. Según el nuevo modelo, una vez que el procedimiento de remisión al máximo tribunal por parte de jueces ordinarios se considera ilegal o inexistente (como lo hizo la Corte), pareciera desprenderse la consecuencia según la cual, cualquier juez o tribunal ordinario,

[15] La ley que regula de forma especial el arancel de honorarios de abogados y procuradores es la Ley 1376/88.

y no solo los órganos especializados del sistema, pueden ejercer una cierta forma de control judicial.

Como resulta evidente, se trata de una transformación radical del sistema concentrado establecido en la Constitución de 1992. De hecho, la historia paraguaya nunca antes había registrado un sistema de control judicial descentralizado o difuso.

3.2. Los argumentos de la decisión de la Sala Constitucional

No es fácil presentar el argumento de la Corte en apoyo de su decisión. Se transcriben varias citas de diferentes autores en apoyo, las cuales (probablemente con una excepción), al parecer no necesariamente guardan una relación directa con la cuestión debatida. Además, la Sala Constitucional también abordó una cuestión más técnica y procesal, aunque estrechamente relacionada, a saber, la de si el sistema jurídico paraguayo otorga a los jueces ordinarios la facultad de remitir casos a la Corte Suprema o su Sala Constitucional para que determinen la constitucionalidad de una ley u otro instrumento normativo.

Independientemente a ello, el razonamiento de la Sala Constitucional podría reconstruirse de la siguiente manera. La Constitución es ley superior. Si una ley inferior contradice a la Constitución, cualquier juez tiene la facultad "no de invalidar la ley, algo reservado solo a la Sala Constitucional y a la Corte Suprema" sino de dejarla de lado y aplicar directamente la Constitución, mediante la implementación del canon interpretativo de la *lex superior*. Esto es así porque la Constitución establece que el poder judicial (es decir, cualquier juez o tribunal, sin distinciones) actúa como "custodio de la Constitución", según el artículo 247. Dicho artículo otorga además a todos los jueces la facultad de interpretar la Constitución al resolver todos los casos y controversias que les sean sometidos.

Además, la mayoría concluyó que el procedimiento de "consulta" no tiene fundamento en el texto de la Constitución, lo que significa que los jueces no pueden remitir leyes u otros instrumentos a la Sala Constitucional antes de decidir casos y controversias, y deben encontrar una solución por sí mismos.

Ahora bien, la Corte fue cuidadosa al no otorgar de forma expresa el poder de invalidar leyes a los jueces y tribunales ordinarios. En la práctica, sin embargo, aplicar la Constitución sin invalidar previamente una ley directamente aplicable a un determinado caso, produce el mismo efecto que si el juez hubiera obtenido previamente una invalidación formal por parte del órgano especializado. Es decir, la ley que se reputa inconstitucional, aun cuando no sea formalmente invalidada, se torna inaplicable al caso.

En términos prácticos, esto implica que el sistema concentrado de control judicial establecido en la Constitución podría dar paso a un sistema en el que todos los jueces y tribunales pueden simplemente dejar de lado leyes válidamente promulgadas para resolver casos y controversias, incluso sin una previa declaración de inconstitucionalidad realizada por la Corte Suprema o su Sala Constitucional.

Un argumento auxiliar que la Corte parece utilizar en su decisión se vincula con el "control de convencionalidad". Como es bien sabido, se trata de una doctrina desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que ha ganado cada vez mayor aceptación desde 2006.[16] Si bien los contornos de la doctrina han evolucionado a lo largo de los años, una característica central de la misma parece ser la obligación de todos los jueces nacionales (así como a otros funcionarios) del deber de aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las interpretaciones de la Corte IDH de la Convención (y otros tratados del Sistema Interamericano) a todos los casos que resuelven. En determinados casos, esto puede conducir a la inaplicación o invalidación de leyes internas contrarias a la Convención.

Sin embargo, no está claro cómo la doctrina del control de convencionalidad preste sustento efectivo al razonamiento de la Sala Constitucional en su decisión. En primer lugar, ello es así en razón de que el argumento parece sostenerse por sí solo sin recurrir a las normas contenidas en la Convención Americana

[16] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154.

sobre Derechos Humanos. Es decir, ya sea que la aplicación de la Convención pueda o no ser relevante para resolver un caso particular, la doctrina de la Sala Constitucional parecería de todas maneras ser aplicable y sostenerse por sí sola. De hecho, bajo los hechos del caso del *leading case* antes citado (si una ley que distingue el porcentaje de honorarios de los abogados en los casos en que se demanda al Estado paraguayo resulta discriminatoria o no), la Convención Americana sobre Derechos Humanos no parecía tener una relevancia directa, o al menos, la Sala Constitucional no especificó cuál podría ser esta relevancia, o qué podría agregar la Convención a las reglas y principios ya incluidos en la Constitución de Paraguay para la solución del caso.

En segundo lugar, como reconoce la Sala Constitucional, la Corte IDH ha dejado en claro en distintas ocasiones que la invalidación o inaplicación de leyes internas por su incompatibilidad con la Convención por órganos domésticos debe llevarse a cabo en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Dado que en Paraguay no existen normas que otorguen a los jueces ordinarios la autoridad para invalidar leyes por su incompatibilidad con la Convención, es dudoso que tales procedimientos puedan ser creados por resoluciones judiciales de la Sala Constitucional.

3.3. Algunas preguntas abiertas y otros problemas

En cualquier caso, y más allá de la evaluación que uno pueda hacer sobre los argumentos empleados por la Sala Constitucional, lo cierto es que pasar de un modelo concentrado a uno difuso a través de una resolución judicial constituye sin duda una jugada muy audaz por parte de la Corte, cuya intención en términos de política judicial no resulta del todo clara,[17] y que también deja

[17] En efecto, se podría pensar que la Sala de esta manera podría pretender, como medida de política judicial, evitar la sobrecarga de trabajo y/o el uso ligero de esta facultad por parte de los jueces ordinarios. Sin embargo, debido a que en el sistema de justicia constitucional paraguayo las decisiones judiciales dictadas por la judicatura ordinaria también son pasibles

abiertas algunas preguntas y problemas importantes. Veamos solamente algunos.

En primer lugar, parece claro que una sentencia en la cual un juez ordinario que, a pesar de tener a su disposición una ley válida aplicable al caso, simplemente la soslaya o la pone entre paréntesis sin pasar por un proceso formal de invalidación, no cumple con el requisito de una resolución judicial fundada en la Constitución y las leyes aplicables, como lo exige el artículo 256 de la Constitución.[18] En este sentido, Bidart Campos había señalado hace mucho tiempo (en cita aplicable plenamente al contexto paraguayo, y quizá *con mayor razón*, dado el carácter centralizado de su sistema de control), cuanto sigue:

> [...] la declaración de inconstitucionalidad es la única vía mediante la cual los jueces pueden inaplicar una norma vigente cuando dictan sentencia en un proceso regido por ella si se prescinde de normas vigentes sin declararlas inconstitucionales, la sentencia es pasible de impugnación por arbitrariedad, en cuanto no se la reputa derivación razonada del derecho vigente en relación con las circunstancias de la causa [...].[19]

En segundo lugar, es posible que, ante esta novedosa doctrina, los jueces inferiores se encuentren en una posición muy difícil al no tener claro si deben aplicar el procedimiento de remisión o consulta (que no ha sido formalmente invalidado y se halla incluido en la normativa procesal aplicable);[20] simplemente ignorar la ley en cuestión; o aplicarla directamente sin que le

---

de impugnación por su incompatibilidad con la Constitución, los casos de todas maneras podrían terminar llegando a la Sala Constitucional, aunque por otras vías procesales.

18 "Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley" (2º párrafo, primera oración).

19 Bidart Campos, G.J., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional,* Buenos Aires, Ediar, 1987, p. 131.

20 En efecto, cabe hacer notar que la Sala Constitucional no ha expulsado el artículo 18 inciso a) del Código Procesal Civil del ordenamiento, que es el que otorga a los jueces y juezas ordinarios la facultad de remitir el expediente a la Corte Suprema, a los efectos de que decidan sobre la constitucionalidad de la norma aplicable al caso.

quede la opción de cuestionar su constitucionalidad, por haberse "eliminado" la opción de la remisión o consulta. En ese sentido, la Sala Constitucional no ha elaborado aún con mayor precisión cuáles serían los deberes específicos de los jueces ordinarios en este tipo de casos.

En tercer lugar, se podría especular que el razonamiento de la Sala Constitucional puede llevar a cualquier funcionario público "no solo a los jueces" a actuar de la misma manera, es decir, desestimando o soslayando la aplicación de leyes u otras normas que consideren inconstitucionales. Está claro que una situación de este tipo puede generar enormes problemas no solo en materia de seguridad jurídica, sino en atención a la absoluta discreción que podría otorgar a cualquier funcionario público, con merma para el Estado de derecho.

Dicho esto, cabe señalar, sin embargo, que la cuestión parece no estar aún resuelta doctrinalmente. Si bien la opinión mayoritaria contenida en el *leading case* ya contaba con precedentes en opiniones individuales minoritarias sostenidas por uno de los magistrados de la Sala Constitucional, luego de que se uniera un nuevo miembro de la Corte, finalmente se alcanzó una mayoría en torno a esta posición en el caso comentado en esta ponencia. Ahora bien, la doctrina de la Sala Constitucional podría cambiar según los magistrados que la integren en diferentes casos (por ejemplo, en caso de que alguno de sus miembros originales sea recusado, o en caso de que la Sala se amplíe para incluir a los nueve miembros de la Corte Suprema).

Por otra parte, cabe mencionar que la noción según la cual la Constitución es superior a las leyes ordinarias y que debe ser aplicada por cualquier juez independientemente de su previa declaración de inconstitucionalidad había sido ya desde hace algún tiempo propuesta a la comunidad jurídica, aunque nunca antes había sido acogida por la Corte.[21] A partir del *leading case*, la Sala Constitucional cita en la decisión una obra de un colega magistrado, el profesor Ramírez Candia.[22] Aunque no sea miembro

[21] Ramírez Candia, M., *Control de constitucionalidad*, Asunción, Arandurá, 2019, p. 75.

[22] *Idem*.

natural de la Sala Constitucional, el profesor Ramírez Candia es miembro de la Corte Suprema, y por tanto, ha emitido sentencias avalando (parcialmente) esta posición cuando la Sala se ha ampliado para decidir con los nueve miembros de la Corte Suprema.[23] La doctrina, por tanto, tiene el potencial de consolidarse en un futuro próximo.

De ser así, parece bastante claro que la resolución de la Sala Constitucional, a través de su interpretación del papel de los jueces ordinarios y su relación con la Constitución, ha logrado alterar una característica central del sistema concentrado de control judicial que había estado vigente durante décadas, incluso antes de la entrada en vigor de la actual Constitución, y que confronta directamente los valores y la filosofía constitucional que inspiraron el modelo original, reemplazándolo por un paradigma radicalmente diferente.[24]

Como ocurre con la redacción de la mayoría de las constituciones modernas, el modelo de control constitucional fue cuidadosamente elaborado durante la Convención Constituyente de Paraguay de 1992, siguiendo un camino histórico de control centralizado que se inauguró bajo la Constitución anterior de 1967 (aunque existe un precedente a nivel estatutario, a saber, la Ley 325/1918, que también preveía un sistema concentrado). Por lo tanto, la noción de un modelo "descentralizado" de control judicial "en el que cualquier juez ordinario tiene la autoridad de

[23] Acuerdo y Sentencia 817 del 28 de diciembre de 2022.

[24] La reforma ciertamente puede describirse como un caso de "desmembramiento constitucional", empleando una categoría resaltada por Albert. Como explica el autor, "un desmembramiento constitucional [...] es incompatible con el marco existente de una constitución, porque busca lograr un propósito contradictorio con esta. Busca deliberadamente desmontar una o más de las partes elementales de una constitución. Un desmembramiento constitucional altera un derecho fundamental, una estructura de soporte o una característica central de la identidad de una constitución. Es un cambio constitucional que los actores políticos y el pueblo entienden como inconsistente con la constitución en el momento en que se realiza el cambio". Además, Albert continúa señalando que "el desmembramiento constitucional puede producirse por interpretación judicial", que es exactamente lo que ocurrió en este caso. (Albert, R., "Constitutional amendment and dismemberment", *43 Yale Journal of International Law,* 2018, p. 4.)

ignorar la legislación o cualquier otro instrumento normativo" ha sido completamente ajena a la historia, estructura e identidad constitucional paraguayas.

Los argumentos a favor de un modelo de control concentrado, por supuesto, son los familiares que se encuentran en el derecho constitucional comparado y los estudios de política judicial: desconfianza hacia los jueces ordinarios y una concepción tradicional de su papel como meros aplicadores de la ley; una visión "rousseauniana" de las leyes como reflejo de la voluntad popular que solo puede ser invalidada por órganos especializados, conforme al modelo de Kelsen de justicia constitucional. Tampoco cabe descartar cuestiones de rendición de cuentas, transparencia y mayor control ciudadano que un sistema concentrado podría eventualmente proporcionar, frente a un sistema de control descentralizado, en el cual cualquier juez puede simplemente dejar de lado las leyes promulgadas por los representantes del pueblo, en un contexto en el que la dispersión y la casuística interminable pueden ir en contra de un escrutinio público más eficaz.

En cualquier caso, de consolidarse esta doctrina, está claro que se deberá acudir a nuevos horizontes teóricos para explicar y legitimar el rol de los jueces ordinarios en el marco de un sistema difuso, sin perjuicio de determinar los efectos que este cambio producirá en la práctica judicial.

IV. A modo de conclusión: ¿hacia más reformas informales de la Constitución?

Como se mencionó en la introducción, la Constitución de Paraguay es muy difícil de modificar a través de sus procedimientos formales. Esta es precisamente una de las razones que explica por qué es probable que se produzcan cambios jurisprudenciales como el analizado en esta ponencia, sin mencionar que otras ramas del Gobierno y órganos constitucionales pueden verse tentados a actuar de la misma manera ante la necesidad o conveniencia. La aversión política a las reformas constitucionales for-

males puede estar bien fundada en base a la experiencia paraguaya,[25] pero la inmovilidad o la parálisis constitucional ciertamente tiene un precio.

Por tanto, es importante que los cambios informales como los que se analizan en esta ponencia se hagan lo más visibles posible. No hay sustituto para seguir las reglas de los procedimientos transparentes, democráticos e inclusivos de cambio constitucional formal. Pero dado que es probable que sigan produciéndose cambios informales, también es muy importante que académicos, expertos, políticos, organizaciones de la sociedad civil y todos los actores relevantes estén atentos a dichos cambios, exponiéndolos y explicándolos clara y objetivamente al público.

Esto no es de ninguna manera una concesión a la anarquía ni una invitación a eludir los procedimientos formales para modificar la Constitución. Pero la aversión de la cultura política paraguaya al cambio constitucional formal no puede ocultar el hecho de que los cambios informales están ocurriendo sutil y silenciosamente, de diferentes maneras, y afectando distintas partes de la Constitución. No existen buenas razones para ignorar la atención y la cuidadosa consideración, tal vez incluso las críticas vigorosas, que merecen estos cambios informales.

Además, la política paraguaya, como en otras partes del mundo, está actualmente muy polarizada, y muchos actores, partidos e instituciones políticas importantes han caído en el descrédito. En tal estado de cosas, es muy difícil que una reforma formal a la Constitución logre generar el consenso necesario para que avance legítimamente. Si mi intuición es correcta, es probable que los cambios constitucionales informales sean la única vía introducir modificaciones a la Constitución en el corto plazo.

[25] Sobre el punto, véase Moreno, D., "The incorporation of amendments in Paraguayan constitutionalism", en R. Albert, *The architecture of constitutional amendments*, Oxford, Hart, 2023.

Referencias

Albert, R., "Constitutional amendment and dismemberment", *43 Yale Journal of International Law,* 2018.

Bidart Campos, G.J., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional,* Buenos Aires, Ediar, 1987.

Cano Radil, B., *Manual de derecho constitucional y político,* Asunción, Ediciones Jurídicas, 2003.

Loewenstein, K., *Teoría de la constitución*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1976.

Moreno Rodríguez, D., "Problemas de diseño en los procedimientos de modificación formal de la Constitución", en AA. VV., *Comentario a la Constitución*, t. VI, Asunción, Corte Suprema de Justicia, 2024.

Moreno, D., "The incorporation of amendments in Paraguayan constitutionalism", en R. Albert, *The architecture of constitutional amendments*, Oxford, Hart, 2023.

Rubio Llorente, F., "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa", en Rubio Llorente, F., *La forma del poder,* 2a. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

Torres Kirmser, J.R. y Fossati López, G., *La excepción de inconstitucionalidad y su relación sistemática con la consulta constitucional,* Asunción, La Ley, 2022.

La independencia judicial y la reforma constitucional del poder judicial en México

***

Judicial independence and the constitutional reform of the judiciary in Mexico

Jesús Orozco Henríquez[*]

Resumen: esta ponencia analiza los derechos humanos y la independencia judicial que viola la reforma constitucional del poder judicial en México. Asimismo, sostiene que, de acuerdo con el marco constitucional en vigor, la tendencia teórica de varios juristas, la experiencia del derecho constitucional comparado y los estándares del derecho internacional de los derechos humanos —especialmente los establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, no solo es posible sino constituye una obligación para la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los tribunales federales de amparo ejercer un control jurisdiccional de la reforma judicial para proteger los derechos humanos violados, sin importar que la reforma tenga nivel constitucional.

Summary: this paper analyses the human rights and judicial independence that violates the Constitutional Reform of the

* Investigador IIJ/UNAM. Fue comisionado y presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El presente trabajo recoge lo planteado oralmente en mi ponencia el XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional y algunas consideraciones sobre posteriores resoluciones judiciales relacionadas con el tema.

Judiciary in Mexico. It also establishes that, according to the constitutional framework, the jurisprudence tendency of several scholars, the comparative constitutional law experiences, and the human rights international law standards —especially those from the Interamerican Court of Human Rights—, it is not only possible but is a duty for the Mexican Supreme Court and the amparo federal courts exercise a judicial review of the judicial reform in order to protect the violated human rights, notwithstanding that the reform stands at a constitutional level.

Palabras clave: control jurisdiccional de la constitucionalidad, reforma judicial en México, independencia judicial.

Keywords: judicial review, judicial reform in Mexico, judicial independence.

Sumario: I. Referencias teóricas y experiencia de derecho constitucional comparado. II. La reciente reforma judicial desde el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). III. Garantías jurisdiccionales internas de defensa constitucional en México y la reforma judicial. Referencias.

Agradezco a los presidentes de nuestro Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Diego Valadés —como honorario— y José María Serna, así como a la Directora de este Instituto de Investigaciones Jurídicas, Mónica González Contró, su amable invitación y el alto honor que me confieren al compartir esta mesa con eminentes juristas que aprecio y admiro, quienes mucho han contribuido a la justicia y la protección de los derechos humanos en México y en la región.

El objeto de esta ponencia es analizar si, de acuerdo con lo previsto en el orden jurídico mexicano en vigor, existe una vía jurisdiccional para declarar o considerar inválida o inconstitucional la reforma constitucional al poder judicial y, en consecuencia, expulsarla del ordenamiento, interpretarla en conformidad con la Constitución y/o una convención internacional, o bien inaplicarla en un caso concreto. Al efecto, se tendrá en cuenta tanto la llamada reforma al Poder Judicial[1] como la pos-

[1] *Diario Oficial de la Federación* de 15 de septiembre de 2024.

terior denominada "inimpugnabilidad de adiciones y reformas constitucionales",[2] en relación con lo sostenido por la doctrina científica relevante, la experiencia del derecho constitucional comparado y el derecho internacional de los derechos humanos aplicable en nuestro país.

I. Referencias teóricas y experiencia de derecho constitucional comparado

Notables juristas (Luigi Ferrajoli,[3] Héctor Fix-Fierro,[4] Roberto Gargarella,[5] Francisca Pou,[6] entre muchos más) sostienen la viabilidad jurídica (teórica y práctica) de que haya un control jurisdiccional de la constitucionalidad respecto de las reformas constitucionales en ciertos supuestos —en esencia—, para revisar que estas se hayan ajustado al procedimiento previsto para ser consideradas como tales y, de ser el caso, controlar que sean compatibles con el núcleo básico o contenido intangible (expreso o tácito) de la Constitución establecida por el poder constituyente originario.[7]

---

2 *Diario Oficial de la Federación* de 31 de octubre de 2024.

3 Véase Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, *et al*., t. I, Madrid, Trotta, pp. 805 y ss.

4 Véase, Fix-Fierro, Héctor, *"Es voluntad del pueblo mexicano...". Introducción ciudadana a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2016, pp. 41 y 42.

5 Véase, Pou, Francisca; Gargarella, Roberto, *et al., Amicus Curiae,* presentado ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de inconstitucionalidad 164/2024 y sus acumuladas, México, 21 de octubre de 2024, *https://seminariogargarella.blogspot.com/2024/10/amicus-frente-la-corte-mexicana-por-la.html*

6 *Ibidem*.

7 Esto implica distinguir entre la Constitución establecida por el poder constituyente originario —que no es susceptible de control jurisdiccional alguno— y las reformas emanadas de los órganos constituidos que conforman el correspondiente órgano reformador de la Constitución cuyos actos, de la misma manera que los de cualquier otra autoridad, sí son susceptibles de control jurisdiccional por el respectivo tribunal constitucional competente

Por su parte, varias Constituciones establecen de manera explícita en su articulado cláusulas pétreas o contenidos intangibles que no son susceptibles de reforma, particularmente aquellas aprobadas después de experimentar un periodo bajo regímenes no democráticos: Alemania (79), Brasil (60), Ecuador (441), España (168), El Salvador (248), Guatemala (281), Italia (139), Portugal (288), Rumania (152), entre otras. Al respecto, hay Constituciones que también de manera explícita establecen la competencia del respectivo tribunal constitucional para ejercer un control jurisdiccional de cualquier reforma normativa (o del correspondiente proyecto), incluso de carácter constitucional, que pudiera afectar ese núcleo o contenido intangible (Ecuador, 436.2).

Diversas constituciones igualmente prevén de manera explícita la competencia del correspondiente tribunal constitucional para ejercer un control jurisdiccional con relación a posibles vicios en el procedimiento de reforma constitucional: como Colombia (241.1), Ecuador (436.2), Turquía (148).

Más significativo para el presente estudio son los casos en que los tribunales constitucionales han sostenido su competencia con base en que dicho control se prevé de manera implícita para ejercerse no solo con relación a posibles vicios en el procedimiento de reforma constitucional sino cuando eventualmente se haga valer alguna violación sustantiva de la propia Constitución a través de enmiendas que se traduzcan en la sustitución o el desmembramiento de su contenido o núcleo esencial, identidad o estructura básica, como ocurriría tratándose de la supresión o el resquebrajamiento de la división de poderes, el Estado de derecho, la forma democrática del Estado, la forma republicana o, en su caso, federal de Gobierno y/o la vulneración regresiva de los derechos humanos (siguiendo en gran medida el recuento de Yaniv Roznai[8] y Francisca Pou,[9] cabe mencionar a los tribunales

cuando no se ajusten a los límites explícitos o implícitos previstos en la Constitución establecida por el constituyente originario o al procedimiento contemplado para su reforma.

8 Véase, Yaniv Roznai, "Unconstitutional constitutional amendments-the migration and success of constitutional idea", *The American Journal of Comparative Law*, vol. LXI, núm. 3, 2013, pp. 677-713.

9 Pou, Francisca; Gargarella, Roberto, *et al., op. cit.,* nota 5, pp. 3-14.

constitucionales de Austria,[10] Brasil,[11] Colombia,[12] Eslovaquia,[13] India,[14] Israel,[15] Italia,[16] República Checa,[17] Taiwán,[18] Turquía,[19] entre varios más).

Incluso, hay tribunales constitucionales que han sustentado la procedencia del referido control jurisdiccional de la constitucionalidad de reformas constitucionales a pesar de otra reforma constitucional que expresamente lo prohíba (India,[20] al igual que Eslovaquia y Pakistán, según refiere Roznai)[21] —con texto similar al de la invocada reforma de "inimpugnabilidad de adiciones y reformas constitucionales" aprobada en octubre de 2024 en México—, entre otras razones, en virtud de que el órgano reformador de la Constitución, en tanto órgano constituido con poderes li-

10 Corte Constitucional de Austria, Decisión de 23 de junio de 1988, VfSig, 29 V 102/88, así como Decisión de 10 de marzo de 2001, G. 12/00, G 48-51/2000.

11 Tribunal Supremo Federal de Brasil, ADIMC 466/91 y ADIMC 981/93.

12 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-141/2010.

13 Corte Constitucional de Eslovaquia, PL. ÚS 21/2014, sentencia de 30 de enero de 2019.

14 Suprema Corte de India, *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* (1973) e *Indira Gandhi v. Raj Narain* (1975).

15 Aun cuando Israel no tiene un documento formal denominado Constitución, cabe incluirlo aquí en virtud de que sí tiene diversas leyes fundamentales y su Tribunal Supremo ha sostenido que tiene autoridad para llevar a cabo una revisión judicial respecto de ellas, como ocurrió con su decisión del 1º de enero de 2024 por la cual declaró la nulidad de la reforma a la ley fundamental del sistema judicial que pretendía excluir el examen judicial y la eventual cancelación de las decisiones de Gobierno por "extrema irrazonabilidad".

16 Corte Constitucional Italiana, sentencia 1146/1988.

17 Corte Constitucional Checa, sentencia del 10 de septiembre de 2009 sobre el Decreto constitucional 195/2009.

18 Corte Constitucional de Taiwán, J. Y. Interpretación núm. 499 de 24 de marzo de 2000.

19 Corte Constitucional de Turquía, sentencia del 5 de junio de 2008, núm. 2008/16, 2008/116.

20 Suprema Corte de India, *Minerva Mills v. Union of India* (2012).

21 *Cfr*., Yaniv Roznai, "La revisión judicial de las reformas constitucionales. Una visión comparada", *Nexos*, 12 de noviembre de 2024, *https://redaccion.nexos.com.mx/la-revision-judicial-de-las-reformas-constitucionales-una-vision-comparada/*

mitados, no puede auto-conferirse un poder ilimitado o absoluto que no esté sujeto a control alguno, pues pondría en riesgo la viabilidad del sistema democrático basado en el Estado de derecho. En opinión del propio Roznai, en este último supuesto: "[...] los tribunales constitucionales [...] deben declarar la inconstitucionalidad de las reformas [...] cuando la viabilidad del sistema democrático [...] está en juego [...]. Para proteger la democracia, los tribunales deben tener la capacidad de protegerse a sí mismos".[22]

II. La reciente reforma judicial desde el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)

La reforma judicial bajo análisis prevé el cese masivo, arbitrario y sin justa causa de toda la judicatura federal (y, en su oportunidad, de todas las judicaturas locales), así como su eventual relevo a través de la vía de una elección popular en 2025 o en 2027. Asimismo, establece un nuevo Tribunal de Disciplina Judicial y contempla la posibilidad de que se resguarde la identidad las personas juzgadoras.

Lo anterior no solo afecta la esencia del Estado de derecho, la división de poderes y nuestro régimen democrático sino viola de manera flagrante los siguientes derechos humanos previstos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1, 2, 8.1, 9, 23.2, 25 y 26 de esta última), según lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de carácter vinculatorio para México:

1. la independencia judicial individual de cada una de las personas juzgadoras, quienes son privadas de su cargo antes de la conclusión de su nombramiento,[23] así como

[22] *Ibidem*. Igualmente, *véase*, Pou, Francisca; Gargarella, Roberto, *et al., op. cit.*, nota 5, pp. 10-14.

[23] Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, núm. 71; *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, núm. 182.

por la posibilidad de que sean sancionadas por un Tribunal de Disciplina Judicial, cuya conformación no se ajusta a estándares interamericanos al contemplar la intervención de las ramas políticas de Gobierno y el riesgo de su cooptación por otros poderes públicos,[24] además de preverse causales de responsabilidad que adolecen de vaguedad y no observan el principio de legalidad;[25]

2. la independencia judicial institucional o autonomía orgánica, en virtud del referido cese masivo y sin justa causa, equivalente a una purga o desmantelamiento de la judicatura federal,[26] con el riesgo de su posterior captura partidista por la vía electoral;
3. el derecho político de las personas juzgadoras a permanecer en su cargo público judicial hasta la conclusión de su nombramiento;[27]
4. el derecho laboral de quienes integran la judicatura federal a la estabilidad en su empleo o cargo;[28]
5. el derecho de las personas juzgadoras a gozar de garantías reforzadas de estabilidad y, en su caso, inamovilidad por ser parte de la carrera judicial;[29]
6. el derecho humano a las garantías judiciales y de acceso efectivo a la justicia independiente e imparcial de todas y

[24] Corte IDH. *Caso Rivera Cambas y otros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2023. Serie C, núm. 514.

[25] Véase CIDH, *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*, CIDH, Washington, 2013, pp. 79-95.

[26] Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C, núm. 268.

[27] Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C, núm. 266.

[28] Corte IDH. *Caso Aguinaga Aillón vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2023. Serie C, núm. 483.

[29] Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C, núm. 197.

cada una de las personas justiciables,[30] al no establecerse garantías para que prevalezcan la capacidad profesional y el mérito en la elección de las personas juzgadoras que eventualmente sustituirían a quienes actualmente conforman la judicatura federal y, por el contrario, se corre el riesgo de su captura partidista y/o por los otros poderes públicos, con la consecuente afectación transversal de toda la institucionalidad democrática y la garantía de los derechos humanos,[31] así como;

7. el derecho humano a las garantías judiciales de todas y cada una de las personas justiciables, incluido el derecho a la defensa y a un debido proceso,[32] así como a recusar eventualmente a determinado juez o jueza que incurra en alguna causal, al preverse la posibilidad de que se resguarde la identidad de las personas juzgadoras, es decir, de que haya "jueces sin rostro".[33]

Cabe señalar que, antes de que concluyera el proceso de reforma constitucional del poder judicial, tanto la Relatora Especial de Naciones Unidas para la Independencia de Magistrados y Abogados[34] como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[35] alertaron a los órganos constituidos que conforman el poder reformador

30 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela..., cit.,* nota 22; *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú..., cit.,* nota 24.

31 Corte IDH. *Caso Rivera Cambas y otros vs. Honduras..., cit*., CIDH, *Garantías para la independencia..., cit.*, nota 23, pp. 27-35.

32 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador..., cit*., *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador..., cit*.

33 Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 275.

34 Mandato de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados. Ref: OL MEX 11/2024, *https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadPublicCommunicationFile?gId=29251*

35 CIDH, México: CIDH advierte posibles afectaciones en la independencia judicial, el acceso a la justicia y el Estado de Derecho frente a la aprobación de la reforma judicial", 12 de septiembre de 2024, *https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2024/213.asp&utm_content=country-mex&utm_term=class-mon*

de la Constitución de las eventuales violaciones a los derechos humanos que se podrían actualizar de avanzar en sus términos el respectivo proyecto de reforma, lo cual fue ignorado por el oficialismo.

Es importante advertir que no está a la disposición o voluntad de autoridad alguna, ni de los órganos constituidos que conforman el órgano reformador de la Constitución, violar los derechos humanos de fuente internacional que, en términos del artículo 1º constitucional, forman parte de la propia Constitución en vigor. La inobservancia de tales derechos por cualquier órgano estatal, de no ser corregida por la instancia jurisdiccional nacional competente, daría lugar a la comisión de un ilícito internacional que acarrearía la responsabilidad internacional del Estado mexicano y la condena a reinstalar y/o reparar integralmente a las víctimas.

Asimismo, cabe tener presente que la Corte Interamericana ha establecido, de manera explícita y vinculatoria para nuestro país, la obligación de los jueces y las juezas de ejercer un control de la convencionalidad, tanto de las normas constitucionales como legales, para que las autoridades internas no afecten los derechos contenidos en la Convención Americana (*García Rodríguez y otro vs. México*, quienes permanecieron en detención preventiva oficiosa durante más de 17 años), en los siguientes términos:

> En ese sentido, corresponde reiterar que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y juezas, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, sean estas de naturaleza constitucional o legal, por lo que —en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes— las magistraturas y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.[36]

[36] Corte IDH. *Caso García Rodríguez y otro vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de enero de 2023. Serie C, núm. 482, párr. 303.

III. Garantías jurisdiccionales internas de defensa constitucional en México y la reforma judicial

Teniendo en cuenta el derecho constitucional y procesal constitucional en vigor, así como los estándares de derecho internacional de los derechos humanos aplicables en nuestro país, además de las invocadas referencias teóricas y la experiencia del derecho constitucional comparado, es válido sostener que tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación (vía acción de inconstitucionalidad o controversia constitucional) como los juzgados de distrito, los tribunales colegiados de circuito y la propia Corte (vía amparo) tienen no solo la competencia sino la obligación constitucional y convencional de proteger y garantizar nuestros derechos humanos que vulnera la reciente reforma judicial, con independencia de que ello pretenda consumarse a través de una reforma constitucional o de que se haya aprobado con posterioridad la denominada reforma de "inimpugnabilidad de adiciones o reformas constitucionales", como se explica a continuación.

En su sesión pública del 5 de noviembre de 2014,[37] una mayoría de siete personas ministras de la Suprema Corte consideró que era procedente la vía de la acción de inconstitucionalidad para controlar jurisdiccionalmente la constitucionalidad de la reforma constitucional al poder judicial. Al efecto, el correspondiente proyecto presentado por el ministro ponente Juan Luis González Alcántara sostenía que si bien tanto el órgano reformador de la Constitución como la Suprema Corte son órganos constituidos y están sujetos a límites, esta última tiene el carácter de órgano garante de la supremacía constitucional, de la inviolabilidad constitucional y de la voluntad del pueblo mexicano de constituirse como una República representativa, democrática, laica y federal, que incluye la garantía de los derechos humanos y los límites al poder, salvaguardados por la división de poderes, los cuales constituyen la identidad o el núcleo esencial de la democracia constitucional y nuestra democracia representativa, por lo que

[37] Véase SCJN, Acción de inconstitucionalidad 164/2024 y sus acumuladas 165/2024,166/2024, 167/2024 y 170/2024; el desarrollo de dicha sesión pública, *https://www.scjn.gob.mx/video/node/2851*

resultaba viable la revisión judicial de una reforma constitucional que pudiera vulnerar tales principios.[38] Al expresar su conformidad con la procedencia, diversas personas ministras esgrimieron argumentos adicionales; en particular, el ministro Jorge Pardo Rebolledo puso énfasis en que había un nuevo entorno de cuando se resolvieron diversos precedentes en la Suprema Corte, en virtud de la ulterior sentencia de la Corte Interamericana en el caso *García Rodríguez y otro vs. México,* en la que se estableció en enero de 2023 la obligación explícita de juezas y jueces de ejercer un control de convencionalidad no solo respecto de normas legales sino también constitucionales que fuesen incompatibles con la Convención Americana.

No obstante, una minoría de cuatro logró vetar que se pudiera lograr la mayoría de ocho votos requerida por el artículo 105, fracción II, constitucional para declarar la invalidez de la reforma judicial y su consecuente expulsión del orden jurídico. Como consecuencia, la Suprema Corte decidió desestimar las correspondientes acciones de inconstitucionalidad,[39] dejando con libertad de jurisdicción a los tribunales de amparo respecto de los juicios bajo su conocimiento.

En este sentido, corresponderá a los tribunales de amparo (juzgados de distrito, tribunales colegiados de circuito e, incluso, vía recurso de revisión, la Suprema Corte) determinar si el juicio de amparo es procedente para proteger los derechos humanos que presuntamente viola la reforma constitucional al Poder Judicial. Al respecto, deberán tener en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 25.1 de la Convención Americana, en relación con el 1º constitucional, "Toda persona tiene derecho a [...] un recurso efectivo ante los jueces o tribunales

[38] El respectivo proyecto del ministro ponente González Alcántara, *https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/agenda/documento/2024-10/AI-164-2024-y-sus-acumuladas-Proyecto.pdf*

[39] En contra de la práctica judicial, incluso observada en diversos precedentes por al menos uno de los ministros que formó parte de la minoría, conforme con la cual una vez decidido por una mayoría simple que determinado medio de defensa constitucional es procedente, se puede requerir a quienes hayan votado en contra que se pronuncie en el fondo cuando su eventual voto pudiera ser trascendente en el sentido de determinada resolución.

competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución [...] o la presente Convención". Asimismo, lo prescrito de manera explícita en la jurisprudencia interamericana y, en particular, en el caso *García Rodríguez y otro vs. México* "vinculante para nuestro país", en cuanto a la obligación de las juezas y los jueces de ejercer un control de la convencionalidad de normas constitucionales y legales incompatibles con la Convención.

Es relevante señalar que, en el supuesto de que la judicatura federal se abstuviera de ejercer el referido control de convencionalidad de las normas del decreto de reforma constitucional del poder judicial que violan los referidos derechos humanos de fuente internacional vigentes en México, daría lugar —según lo estableció la propia Corte Interamericana en el invocado caso de *García Rodríguez*— a que se fincara responsabilidad internacional al Estado mexicano por la comisión de un ilícito internacional por la violación de otros artículos de la Convención Americana, adicionales a los ya precisados en el apartado anterior (8.1, 9, 23.2 y 26), como son los artículos 25.1, en relación con el 1 y 2, que prescriben:

(1) el derecho de toda persona a un recurso judicial efectivo que lo ampare contra la violación de sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o la propia Convención, y
(2) las obligaciones estatales de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, así como de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter —como es la práctica judicial— necesarias para hacer efectivos los derechos humanos previstos en la Convención, como ocurre, en particular, con la obligación de jueces y juezas de ejercer un control de la convencionalidad de las normas internas (incluidas las de carácter constitucional) con la Convención Americana.

Conforme al artículo 1º constitucional en vigor, tanto los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución como en los tratados internacionales tienen nivel constitucional y todas las autoridades del país "de manera especial la judicatura federal, en ejercicio de su competencia", tienen la obligación de respetar,

proteger y garantizar esos derechos humanos de fuente nacional o internacional, de acuerdo, entre otros, con el principio de progresividad o no regresividad.

Cabe advertir que la reforma al poder judicial contempla diversas antinomias o contradicciones normativas a nivel constitucional, *v. gr*., no solo con respecto al invocado artículo 1º sino con el 17 (derecho a una justicia completa e imparcial por tribunales independientes), 20 (derecho a las garantías procesales), 40 (identidad como República representativa, democrática, laica y federal) y 49 (división de poderes), las cuales deberán ser resueltas y sus alcances normativos interpretados en conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, según establece el propio artículo 1º. Asimismo, como una derivación del referido principio pro persona, deberá tenerse presente que la Suprema Corte ha incorporado el principio *pro actione*, por lo que las instituciones procesales deben ser interpretadas de la forma más amplia que sea posible, eliminando obstáculos injustificados, en aras de favorecer el derecho de acción que tienen las y los justiciables y garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

En razón de lo anterior, no es obstáculo para sostener la procedencia de los múltiples juicios de amparo promovidos en contra de la reforma judicial (más de 200 según diversos medios de comunicación) la ulterior reforma constitucional de "inimpugnabilidad de las reformas constitucionales", que pretende restringir la procedencia de los medios de defensa constitucional cuando se trate de reformas o adiciones a la Constitución,[40] toda vez que de interpretarse como una improcedencia absoluta del juicio de amparo también violaría el artículo 25.1 de la Convención Americana que establece el derecho humano a un recurso efectivo ante un tribunal competente para proteger nuestros derechos.

En virtud de lo que antecede, a fin de garantizar la tutela judicial efectiva, cabría que los tribunales de amparo realizaran una interpretación conforme con la Constitución y/o la Convención

[40] Reforma a los artículos 105, último párrafo, y 107, primer párrafo de la fracción II, *Diario Oficial de la Federación* de 31 de octubre de 2024.

Americana de la reforma al primer párrafo de la fracción II del artículo 107 constitucional, así como de la fracción I del artículo 61 de la Ley de Amparo "como también la judicatura federal está obligada a hacerlo, en términos del artículo 1º constitucional y la jurisprudencia interamericana" y sostener la procedencia del juicio de amparo en casos como el que se analiza a fin de hacer compatibles las referidas normas constitucional y legal con el artículo 25.1 de la Convención. De este modo, se protegen de manera efectiva los derechos humanos y evita que el Estado mexicano incurra en un ilícito internacional que nos acarree responsabilidad internacional. Recuérdese que, en términos de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, México está obligado a cumplir un tratado en vigor de buena fe y "no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

En este sentido, si bien podría ser razonable mantener la improcedencia del juicio de amparo como regla general, también lo sería interpretar el alcance de la reforma para que no opere la improcedencia del juicio de amparo en casos excepcionales en que se aduzcan violaciones, por ejemplo, *i)* de carácter regresivo a los derechos humanos de fuente nacional o internacional; *ii)* al contenido o núcleo esencial o básico de la Constitución (como ocurriría, *v. gr.*, con la vulneración del principio de división de poderes, la independencia judicial o las características fundamentales de nuestra identidad como República representativa, democrática, laica y federal, y/o *iii)* de carácter trascendente en el procedimiento de reforma constitucional.

Ciertamente, dado el contexto político (derivado, en buena medida, de una cuestionable decisión de las autoridades electorales de otorgar al oficialismo una mayoría artificial y una sobrerrepresentación excesiva del 19% de diputaciones, a pesar del límite del 8% que establece el artículo 54 constitucional —cuyo análisis excede la materia de este estudio—,[41] lo cual ha propiciado que los partidos políticos que conformaron la coalición ganadora cuenten con 74% de las curules en la Cámara de Diputados

[41] *Vid.*, Orozco Henríquez, Jesús, "¿Por qué es inconstitucional una sobrerrepresentación superior al 8 % y a 300 diputaciones?", *Nexos. El juego de la Suprema Corte*, México, 12 de agosto de 2024.

y estén en aptitud de reformar a su antojo la Constitución), cabe el riesgo de que el ejecutivo y el legislativo se abstengan de acatar las resoluciones de la judicatura federal que protejan los derechos humanos involucrados.

Tal desacato acentuaría la crisis constitucional que enfrentamos y actualizaría no solo nueva responsabilidad internacional del Estado —al violar el artículo 25.2.c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece la obligación de los Estados de proporcionar la protección judicial, incluida la de garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso—, sino también la comisión de posibles delitos federales, pero no está claro aún si la Fiscalía General de la República estaría dispuesta o no a hacer prevalecer el Estado de derecho.

De persistir el desacato a las órdenes judiciales internas, es previsible que, en su oportunidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos "previa instancia ante la Comisión Interamericana" establezca la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la violación de la independencia judicial y los derechos humanos precisados, condenándole a la reinstalación y/o la reparación integral de las víctimas. En tal supuesto, sería claro que -en la medida en que se dicten sentencias estimatorias en los juicios de amparo correspondientes para proteger los derechos humanos que viola la reforma judicial- la judicatura federal no habría sido la causante.

Cada una de las personas servidoras públicas de las tres ramas de gobierno y la propia Fiscalía que se encuentren llamadas a decidir, deberá definir en qué lugar de la historia desea colocarse. En todo caso, sería deseable no llegar a esos extremos y que se encuentre una solución en el ámbito nacional, donde prevalezcan, entre las y los protagonistas, la prudencia, el diálogo y el pleno respeto a los derechos humanos, la independencia judicial y el Estado de derecho.

Referencias

Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, *et al*., t. I, Madrid, Trotta.

Fix-Fierro, Héctor, "*Es voluntad del pueblo mexicano*". *Introducción ciudadana a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2016.

Orozco Henríquez, Jesús, "¿Por qué es inconstitucional una sobrerrepresentación superior al 8 % y a 300 diputaciones?", *Nexos. El juego de la Suprema Corte*, México, 12 de agosto de 2024.

Pou, Francisca; Gargarella, Roberto, *et al., Amicus Curiae,* presentado ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de inconstitucionalidad 164/2024 y sus acumuladas, México, 21 de octubre de 2024.

Yaniv Roznai, "La revisión judicial de las reformas constitucionales. Una visión comparada", *Nexos*, 12 de noviembre de 2024.

Yaniv Roznai, "Unconstitutional constitutional amendments-the migration and success of constitutional idea", *The American Journal of Comparative Law*, vol. LXI, núm. 3, 2013.

Los jueces y los procesos de reforma constitucional. La experiencia colombiana

***

Judges and constitutional reform processes. The Colombian experience

*Julio César Ortiz Gutiérrez**

Sumario: I. El Control judicial a los procesos de reforma a la Constitución en Colombia. II. Antecedentes judiciales y políticos del régimen de control de constitucionalidad de las reformas constitucionales a partir de 1886. III. La Asamblea Constituyente y la expedición de la nueva Constitución Política de Colombia en 1991. IV. Un verdadero giro doctrinario y sustantivo en el control judicial de la constitucionalidad de las reformas constitucionales. V. La jurisprudencia colombiana sobre el control llamado control competencial de los actos reformatorios de la Constitución y la sustitución constitucional.

I. El Control judicial a los procesos de reforma a la Constitución en Colombia

La evolución histórica de la jurisprudencia colombiana y de la doctrina del control judicial de las leyes y de los actos legislativos en el derecho constitucional colombiano, da lugar a sostener que la experiencia nacional acerca de las competencias de la rama

* Universidad Externado de Colombia.

judicial y especialmente de la Corte Suprema de Justicia y ahora de la Corte Constitucional para el juzgamiento constitucional de las reformas constitucionales y de los actos de cambio constitucional, se remonta hasta los mismos orígenes del sistema de control de constitucionalidad de las leyes en 1849 expedida bajo las orientaciones del liberalismo progresista de la mitad del siglo xix especialmente de José Ilario López, y se extiende de manera notable, extraordinaria y problemática hasta nuestros días en los que se ha producido una notable ruptura y un insólito giro, conocido como el control de constitucionalidad de los actos de reforma constitucional por *vicios competenciales* y como la teoría de la *inconstitucionalidad de las reformas constitucionales por sustitución*.

También se advierte que la evolución de la jurisprudencia colombiana a lo largo del tiempo y con el paso de los acontecimientos históricos, especialmente los que implicaron cambio constitucional o de crisis constitucional extrema, ha sido relativamente pacifica al ser heredera teórica de una vasta tradición europea y americanista, que se combinan de estrecha manera tendencialmente y se afirmó durante casi toda la existencia de la república ante la ausencia de competencia para conocer de la constitucionalidad de las reformas constitucionales.

A pesar de nuestra probada originalidad institucional en materia de reglas constitucionales de control judicial de las leyes, lo que inicialmente se configuró entre nosotros se dio bajo la influencia del pensamiento del modelo presidencial y constitucional americano, terminó desfigurado bajo el modelo civilista de organización del poder judicial.

Ciertamente, en la organización de la rama judicial del poder público se afirmó la influencia del modelo europeo para definir sus competencias y su organización, empero en un breve episodio de cambio constitucional se adoptó parcialmente algunas de las competencias del Tribunal Supremo Federal de Lausana y se generó un modelo de control de constitucionalidad de las leyes singular y sorprendentemente democrático, complejo y finalmente abigarrado. Reiteramos que el predominio inicial de la estructuración de nuestro modelo de administración o de impartición de justicia se configuró bajo la influencia del pensa-

miento europeo histórico, especialmente francés dentro de un modelo constitucional de corte presidencial siguiendo el modelo americano presidencialista, de tripartición del poder y de derecho legislado. En ese itinerario histórico que va de Colombia, a la Nueva Granada, a la Gran Colombia, la Confederación Granadina, los Estados Unidos de Colombia y finalmente a la República de Colombia esas competencias sufrieron tantos cambios como constituciones en vigor.

Durante la larga vida de la Constitución Nacional de 1886 pasamos de un largo periodo de manifiesta y declarada incompetencia de la Corte Suprema de Justicia y de su Sala Constitucional, creada en 1968 y que fungió como sustanciadora y proyectista de sus fallos y sentencias, ante las "demandas ciudadanas o públicas de inexequibilidad de las reformas constitucionales y de los intentos de cambio constitucional" incluso sobre la convocatoria de asambleas constitucionales o constituyentes. A su reiterada doctrina ni ellas ni los tratados internacionales podían ser sometidos al juicio de constitucionalidad en la misma Corte Suprema por tratarse de actos políticos no justiciables en los tribunales nacionales ni por cualquier juez.

Hemos sostenido en varios de nuestros escritos que el régimen de las acciones ciudadanas de control de constitucionalidad de las leyes se remonta entre nosotros al año de 1849 con la *Ley Segunda de Organización Territorial* iniciada bajo los gobiernos de José Ilario López y de los liberales reformadores formados en Francia y en Suiza. Que dan inicio a la primera república liberal y de la confederación granadina, lo que supuso el control judicial de constitucionalidad de las leyes cantonales y de los actos normativos de carácter parroquial por iniciativa ciudadana ante la Corte Suprema de Justicia como ocurría en la Confederación Helvética y ante el Tribunal Superior de Lausana para sus disposiciones cantonales al violar los derechos de las personas.

Esta experiencia se conforma con varios periodos diferenciados profundamente entre sí, comenzando con *i*) el más largo periodo de manifiesta y declarada incompetencia para conocer de las demandas ciudadanas contra los actos de reforma constitucional, seguida de otro periodo *ii*) que comienza desde 1979 en la Corte Suprema de Justicia en el que se dio un paso adelante en

el conocimiento judicial de la constitucionalidad de las reformas constitucionales pero solo por vicios en el procedimiento de su formación. No obstante la pretendida incompetencia sustancial y la contracción de su competencia a los vicios o defectos en el procedimiento en la formación del acto de reforma, en este segundo periodo los fallos de inconstitucionalidad se fundamentaron en la existencia de una *cláusula pétrea* y de una aparente *Decisión Política Fundamental* fundadas en el ineludible e inevitable procedimiento de reforma establecido en el artículo 218 de la Constitución Nacional de 1886 refrendada por el famoso Plebiscito de 1957.

También, tras unos muy breves años, cuando se declaró la inconstitucionalidad de la extensa y profunda Reforma Constitucional de 1979 ya en vigencia y en plena operancia, la Corte Suprema de Justicia se fundamentó en la existencia de defectos de procedimiento de carácter legal y reglamentario, ya que bajo dicho régimen se exigía que dentro del trámite de los proyectos de ley solo se podían fusionar o integrar los varios proyectos de ley o de reforma constitucional en un nuevo texto conjunto o unificado, si y solo si, si esa integración resultaba aprobada por el pleno de las comisiones legislativas competentes. Esto se definió así, supuestamente para garantizar los derechos de las minorías a que se respetaran sus proyectos y que ellos sufrieran los tramites debidos de orden democrático lo que no ocurrió en ese caso. Por ello fue declarada la inconstitucionalidad de la reforma integral de la Constitución Nacional de 1979. Pero además se trató de la inconstitucionalidad de una extensa reforma constitucional vigente y operante.

Desde sus inicios la Corte Constitucional, creada por la Carta Política de 1991 y en funciones desde1992, mantuvo la jurisprudencia de la competencia contraída a los defectos o vicios en el procedimiento de formación del acto de reforma constitucional y a su falta de competencia para conocer de los posibles y eventuales defectos sustanciales o materiales de conformidad con las reglas señaladas expresamente en el artículo 241 numeral primero de la Constitución en el que se insiste en que dicha competencia se ejerce "[...] solo por vicios de procedimiento en su formación", y en lo señalado en el numeral cuarto del artículo 242 que es-

tablece la caducidad de las acciones por vicios de forma en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto".

La Corte Constitucional mantuvo la misma doctrina de la competencia limitada y se contrajo durante veinte años al examen de los posibles vicios en el procedimiento de formación del acto de reforma con el acto de conocimiento de ellas por vicios o defectos de forma. Recientemente, se inició otro periodo de conocimiento de las disposiciones de reforma con; *iii*) la teoría de la posible inconstitucionalidad por el contenido de estas disposiciones reformadoras bajo la novísima tesis de la *inconstitucionalidad por sustitución* como un vicio de trámite o de procedimiento denominado *vicio competencial*. En su doctrina se establece que todo acto de reforma constitucional debe pasar una prueba o *test de sustitución* y la decisión de sustitución sería un vicio de procedimiento en la formación del acto, pues el órgano reformador carecería de competencia para sustituir las disposiciones constitucionales ya que únicamente podría reformarlas.

También cabe indicar que en el régimen constitucional colombiano es evidente la práctica de las reformas constitucionales por la vía de la expedición de los llamados actos legislativos dictados por el poder legislativo ordinario mediante el trámite legislativo especialmente agravado y más complejo que el procedimiento de expedición de las leyes ordinarias. Por todo esto hemos señalado como un vicio de nuestro constitucionalismo el *fetichismo reformador de la Constitución* bajo la vigencia de la Constitución Nacional de 1886 reiterado de modo significativo y numeroso bajo el imperio de la Carta Política de 1991. Al parecer, en Colombia se ha tratado desde siempre de buscar salidas constitucionales a los temas políticamente costosos y difíciles como los electorales y a la formulación de políticas fiscales y territoriales. Además, se ha insistido por esta vía en la reforma del régimen electoral, de partidos y de política criminal. Así, como veremos más adelante, bajo la larga vida de la Constitución de 1886 se le introdujeron 70 reformas constitucionales sustitutivas, correctivas y aditivas y bajo la vigencia de la Carta vigente de 1991 se han introducido 60 reformas de distintas finalidades y temas.

II. Antecedentes judiciales y políticos del régimen de control de constitucionalidad de las reformas constitucionales a partir de 1886

La Constitución de 1886 establecía las competencias de control de constitucionalidad de las leyes en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, especialmente en caso de las objeciones presidenciales de los proyectos de actos legislativos y de leyes en varias de sus disposiciones que como lo advertía Allan Clifford Grant, se trataba del *Control General de las Leyes antes de su promulgación* por vía de las objeciones presidenciales, cuyo fallo debía producirse en el término de seis días, que entendíamos como el término de la distancia entre la capital de la república y los territorios políticamente decisorios.

Pero, además, se estableció la doctrina de la interpretación conforme con la Constitución lo que se asimilaría teóricamente con la presunción de constitucionalidad de las leyes y su aplicación en el sentido más conforme con la Constitución, la cual se derivaba de la Ley 153 de 1887 que es una de las leyes fundamentales en el derecho en Colombia con la que aún se regula desde la ley civil la aplicación e interpretación de las disposiciones jurídicas. Aquella fue promulgada el 15 de agosto de 1887 como complemento al Código Civil Colombiano, elaborado por Andrés Bello y adoptado en 1873, siguiendo la experiencia italiana del Código Civil de 1865 reformado en 1882.[1]

[1] Las principales disposiciones contenidas en la Ley 153 de 1887 son las normas sobre la vigencia y derogación de las leyes, de cómo y cuándo una ley entra en vigor y cómo se derogan las anteriores, fija las reglas de interpretación de la ley, define principios generales para interpretar las normas legales, estableciendo criterios claros para resolver conflictos normativos y de la aplicación del derecho en el tiempo y el espacio, cómo se aplican las leyes a hechos pasados y futuros, establece la retroactividad o irretroactividad de las normas según su naturaleza, define cuál es el derecho supletorio, determina que, en ausencia de normas específicas, se aplicarán los principios generales del derecho y otras normas del Código Civil, como definir las relaciones entre normas nacionales y extranjeras y cómo deben aplicarse las leyes extranjeras en el territorio colombiano en materia de derecho internacional privado. Esta ley estableció varios de los principios generales de interpretación y aplicación de las leyes que siguen vigentes en el derecho colombiano, varios de los cuales fueron superados por los

Desde 1910, con la reforma constitucional de ese año expedida por una asamblea constituyente, con el Acto Legislativo número 3 de ese año, en Colombia se perfeccionó un régimen de varias vías de control judicial de las leyes, especialmente conformado por *i*) la llamada *Acción Pública de Inexequibilidad* o de inconstitucionalidad que venía desde 1849 y desde la Constitución Nacional de 1886, y *ii*) por la llamada *vía de excepción o de inaplicación de la ley en casos concretos atendidos por los jueces* que incorpora la experiencia norteamericana de la *Judical Review* o control difuso en cabeza de todos los jueces en casos concretos y específicos de efectos *inter partes*.

Este sistema hace parte del modelo de control de constitucionalidad denominado, de una parte, régimen colombo venezolano de control judicial de la constitucionalidad de las leyes y de otra *Control Integral de Constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos equiparables a la ley* como sobre los decretos extraordinarios y de los decretos legislativos o de estados de excepción, pues es tanto concentrado como difuso según si el caso materia de la actuación judicial es abstracto, objetivo y general o *erga omnes* en materia de acciones ciudadanas denominadas de inexequibilidad o en los de solicitudes de inaplicación de las leyes en un caso o en unos casos concreto de naturaleza judicial y de contenido subjetivo, concreto, directo y de efectos *inter partes*.

A raíz del abierto y sonoro rechazo de los juristas tradicionales y de los políticos de la nueva oposición sobre las recientes expresiones presidenciales del gobierno de Colombia de Gustavo Petro Urrego y del grupo político o la coalición de gobierno que lo acompaña directamente, llamada *Pacto Histórico*, sobre la supuesta necesidad de convocar a una *Asamblea Nacional Constituyente o una Asamblea Nacional y Permanente del Poder Constituyente*, que supuestamente desarrolle un acuerdo nacional por la *paz total*, e introduzca varios cambios constitucionales debemos hacer algunas aproximaciones reflexivas generales e iniciales sobre la configuración de nuestro régimen político y sobre nuestro modelo constitucional de organización y funcionamiento del

contenidos de la Carta Política de 1991 y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Estado, especialmente en materia de las propuestas de reunión de lo que pareciere llamarse una Asamblea Constituyente como expresión del "*poder constituyente permanente del pueblo*".

Esto nos sirve para indicar que a pesar de la patología reformista de la Constitución en Colombia desarrollada vía Congreso de la República y del legislador ordinario que alcanza cifras elevadas desde 1886, llamado *fetichismo constitucional*, y en el otro documento fundamental del ordenamiento jurídico político colombiano que se configuró con la expedición de la Carta Política de 1991, y al especial alcance de algunas reformas congresionales como las de 1936, la de 1945 y la de 1968, también en varios escenarios de la política y del orden público nacional, se ha acudido a los esfuerzos de reforma y de cambio constitucional con propuestas de convocar al *Poder Constituyente Originario* dentro del modelo de asambleas constituyentes por fuera de los congresos y que a pesar del fracaso de algunos de ellos, como veremos enseguida, siempre han sido referente dentro del constitucionalismo en Colombia.

Por ello no podemos expresar sorpresa porque un gobernante de orientación no tradicional y de fundamentos doctrinarios e ideológicos de izquierda lo proponga y menos imaginar que será un desastre institucional. Por el contrario desde la academia colombiana debemos registrar que se trata de unas propuestas para el debate democrático en bien de la República y de las instituciones deliberativas de la Carta Política de 1991, como la de imaginar y establecer nuevas formas de organización territorial como los pequeños municipios como en modelo francés en cuyo régimen se reconoce la existencia de 35000 municipios y una variada categorización territorial descentralizada en medio del régimen esencialmente centralista.

Como se advierte por los historiadores, durante la vida de la Constitución Nacional de 1886 se conocieron las asambleas; las constituyentes de 1905, la de 1910, la de Mariano Ospina Pérez de 1951, la convocada por Laureano Gómez Castro de 1953 y la del General Rojas Pinilla de 1954.

Como antecedente fundamental en el itinerario del constitucionalismo colombiano se debe advertir que la Asamblea Nacional Constituyente de 1905 fue convocada durante la presidencia

de Rafael Reyes y que esta asamblea tuvo un impacto significativo en la política del país, ya que se utilizó para introducir una serie de reformas constitucionales que buscaban fortalecer el poder del ejecutivo y modernizar el Estado colombiano una vez superada la Guerra Civil y de la lamentada perdida del Istmo por la llamada independencia de Panamá.

En efecto, para examinar el contexto histórico de la convocatoria a la Asamblea Constituyente de 1905 y de su evolución hasta la reforma de 1910 se debe dejar en evidencia que la guerra civil colombiana, también conocida como la *Guerra de los Mil Días*, fue un conflicto armado y territorial muy fuerte entre los partidos Liberal y Conservador que tuvo lugar entre el 17 de octubre de 1899 y el 21 de noviembre de 1902 y que ella fue una de las guerras civiles más largas y sangrientas en Colombia, dejando un saldo de más de 100,000 muertos. La Asamblea constituyente de 1905 fue convocada solo un año largo después de terminada la guerra civil o de los mil días y de producida la independencia o separación de Panamá. El conflicto terminó con la firma del *Tratado de Neerlandia* el 24 de octubre de 1902 y posteriormente con el *Pacto del Wisconsin* el 21 de noviembre de 1902, poniendo fin formal a la guerra.

Panamá se independizó de Colombia el 3 de noviembre de 1903 y la separación ocurrió poco después de la Guerra de los Mil Días, en parte debido a la inestabilidad política y económica que dejó el conflicto en Colombia. Obsérvese que Estados Unidos jugó un papel clave al promover y apoyar la independencia de Panamá, ya que estaba interesado en la construcción del Canal de Panamá. Tras la independencia, se firmó el Tratado Hay-Bunau-Varilla del 18 de noviembre de 1903, que otorgó a Estados Unidos el control sobre la Zona del Canal.

Ahora bien, mucho después, transcurridos más ochenta años y producidas otras violencias y guerras civiles internas, podríamos indicar con certeza que incluida la Asamblea Nacional Constitucional que derivó en Asamblea Constituyente en 1991 esencialmente todas nuestras reformas constitucionales fueron reformas que adicionaron reglas para hacer posible la gobernabilidad conservadora que se extendió hasta 1930 con el triunfo de

Enrique Olaya Herrera del partido liberal[2] y que también estas reformas emanadas de asambleas constitucionales impulsaron ajustes al régimen de la democracia representativa y a la justicia, especialmente a la justicia constitucional si provocar ninguna sustitución o derogatoria de la estructura axial del régimen centralista, unitario y presidencialista colombiano.[3]

---

[2] El triunfo de Enrique Olaya Herrera en las elecciones presidenciales de 1930 en Colombia marcó un momento histórico, ya que puso fin a más de 40 años de dominio conservador en el país. Olaya Herrera, candidato del Partido Liberal, ganó las elecciones en un contexto de creciente descontento con los Gobiernos conservadores, que habían enfrentado problemas económicos, sociales y políticos en medio de la *Gran Depresión de 1929*. Olaya Herrera asumió la presidencia el 7 de agosto de 1930, inaugurando una nueva era política en Colombia conocida como la "República Liberal". Su Gobierno se caracterizó por una orientación más progresista y de reformas moderadas, enfocadas en modernizar el país y en responder a las demandas de las clases medias y populares. Durante su mandato (1930-1934), Olaya Herrera enfrentó los efectos de *la Gran Depresión* mundial, lo que complicó la situación económica de Colombia. A pesar de estos desafíos, su Gobierno se esforzó por estabilizar la economía, promover obras públicas y mejorar la infraestructura del país. También fue un defensor del diálogo y la conciliación entre las distintas fuerzas políticas, lo que permitió cierta estabilidad durante un periodo de grandes tensiones políticas y sociales. El triunfo de Olaya Herrera fue un punto de inflexión en la historia política de Colombia, ya que simbolizó el regreso del Partido Liberal al poder y el inicio de un ciclo de Gobiernos liberales que duraría hasta 1946 pasando por la gran reforma constitucional de 1936 de profundo contenido social.

[3] La Asamblea Nacional Constituyente de 1905 fue convocada durante la presidencia de Rafael Reyes y tuvo un impacto significativo en la política del país, ya que se utilizó para introducir una serie de reformas constitucionales que buscaban fortalecer el poder del ejecutivo y modernizar el Estado colombiano. Uno de los principales cambios aprobados por esta asamblea fue la extensión del período presidencial de Reyes de 4 a 10 años, lo que le otorgó una permanencia considerable en el poder. Además, se realizaron reformas administrativas desde la Asamblea Constituyente para centralizar más el Gobierno y se impulsaron proyectos de infraestructura y desarrollo económico; también se creó un clima de tensión política, ya que muchas de las reformas concentraban poder en el presidente, lo que generó descontento entre diversos sectores políticos Finalmente, Reyes renunció en 1909 debido a la creciente oposición y los disturbios en el país, y muchas de las reformas de la Asamblea fueron revertidas tras su salida del poder. Uno de los principales cambios aprobados por esta asamblea fue la extensión del período presidencial de Reyes de 4 a 10 años, lo que le otorgó una permanencia considerable en el poder. Además, se realizaron

Cabe destacar la notable importancia de las reformas constitucionales de 1905 y de 1910 puesto que implicaron adiciones sustanciales al régimen político establecido desde la Constitución Nacional de 1886, especialmente tenemos que las reformas constitucionales de 1910 introdujeron en nuestro régimen un conjunto de cambios significativos tras la renuncia del presidente Rafael Reyes en 1909. Estas reformas fueron aprobadas por unas asambleas nacionales constituyentes y tuvieron como objetivo corregir los excesos de la concentración de poder y del autoritarismo promovidos durante el Gobierno de Reyes y establecer principios democráticos en el país.

Entre los principales cambios de la reforma de 1910, destaca la limitación del poder presidencial ya que se redujo el período presidencial de 6 a 4 años anteriormente extendido a 10 años en 1905 y se prohibió la reelección inmediata, buscando evitar la concentración prolongada del poder en una sola persona; la abolición de la pena de muerte como un avance en los derechos humanos; el fortalecimiento del Congreso ya que se estableció un sistema más balanceado de pesos y contrapesos al aumentar la independencia y control del Congreso sobre el ejecutivo; el establecimiento de la figura de la vicepresidencia, aunque esta figura había sido eliminada en las reformas anteriores de Reyes, fue restaurada en esta ocasión para garantizar la continuidad del Gobierno en caso de ausencia del presidente; las reformas al sistema electoral que se introdujeron para garantizar elecciones más representativas y se estableció el voto directo para la elección del presidente, eliminando el sistema de elección por colegios electorales y el régimen de la representación proporcional en los órganos colegiados de la administración y del Gobierno.

Estas reformas de 1905 y especialmente la de 1910 son vistas como un esfuerzo por restaurar la democracia y el equilibrio ins-

reformas administrativas para centralizar más el gobierno y se impulsaron proyectos de infraestructura y desarrollo económico. La Asamblea de 1905 también creó un clima de tensión política, ya que muchas de las reformas concentraban poder en el presidente, lo que generó descontento entre diversos sectores políticos. Finalmente, Reyes renunció en 1909 debido a la creciente oposición y los disturbios en el país, y muchas de las reformas de la Asamblea fueron revertidas tras su salida del poder.

titucional en Colombia después de una etapa de autoritarismo. Este conjunto de cambios constitucionales sentó las bases para un periodo de mayor estabilidad política en el país y se introdujo el control de constitucionalidad de las leyes por vía de excepción y se hizo viable el control constitucional concentrado en la Corte Suprema de Justicia que venía desde 1849 a nivel legal.

La Asamblea Nacional Constituyente convocada por el general Gustavo Rojas Pinilla tuvo lugar en 1954 dentro del marco de una dictadura militar soportada inicialmente en un consenso bipartidista y bajo el mismo espíritu conservadurista post bélico. En efecto, después de tomar el poder en 1953 tras el golpe de Estado contra Laureano Gómez, quien había convocado una Asamblea Nacional Constituyente, Rojas Pinilla convocó a esta asamblea con el fin de legitimar su régimen militar y realizar reformas constitucionales y superar.

Uno de los cambios más significativos aprobados por esta asamblea fue la creación del voto femenino, que se incluyó en la Constitución de 1886, permitiendo por primera vez que las mujeres en Colombia pudieran votar en las elecciones nacionales inicialmente en el Plebiscito de 1957. Además, Rojas Pinilla intentó consolidar su poder a través de la asamblea, aunque su gobierno enfrentó una creciente oposición que finalmente lo llevó a su renuncia en 1957 y al establecimiento de una Junta Militar avalada por las mayorías orientadas por los jefes políticos de los dos partidos tradicionales colombianos.[4]

[4] La Asamblea Nacional Constituyente convocada por el gobierno de Mariano Ospina Pérez en Colombia se reunió en 1951 tres años después de la explosión social conocida como el Bogotazo. Esta asamblea de estructuración conservadora y hegemónica fue convocada debido a la situación de violencia que vivía el país, y tenía como propósito introducir reformas políticas que ayudaran a pacificar la nación. Sin embargo, no logró los cambios esperados, y Colombia continuó en un período de inestabilidad que eventualmente desembocó en el golpe militar de Gustavo Rojas Pinilla en 1953. La Asamblea Nacional Constituyente convocada durante el gobierno de Laureano Gómez Castro en Colombia se reunió a inicios de 1953. Esta asamblea fue impulsada por Gómez con el objetivo de reformar la Constitución de 1886 y establecer un régimen más autoritario y centralizado. Sin embargo, antes de que la asamblea pudiera finalizar sus trabajos, Laureano Gómez fue derrocado por el golpe militar de Gustavo Rojas Pinilla en junio

Cabe destacar también el intento frustrado por decisión de la Corte Suprema de Justicia de inexequibilidad de convocar a una *Pequeña Constituyente* propuesta por el Presidente Alfonso López Michelsen en 1977 bajo el supuesto jurisprudencial de la cláusula pétrea del artículo 218 que apareció o fue introducido por el plebiscito de 1957 que estableció que en adelante la Constitución Nacional era la de 1886 con todas sus reformas hasta 1945 derogando las de Ospina, Gómez y Rojas y que ella solo podía ser reformada por el mismo congreso siguiendo el procedimiento reforzado que allí mismo se establecía.

También se destaca que la ausencia de una definición orgánica y procesal *ab initio* de dichas expresiones, formuladas de estos días de notable incertidumbre política y de polarización agravada por el estado de ánimo adverso generado por el actuar persistentemente desafiante en muchos ámbitos del Gobierno de Gustavo Petro, parecieran incongruentes y generadoras de confusiones semánticas, de serios temores de cambio constitucional con una aparente propuesta de reelección presidencial inmediata y de desafíos procesales constitucionales entre nosotros.

Para empezar, sin dudas, se debe despejar una especie de hábito casi natural de los colombianos de descalificar *a priori* de un lado o de sobrevalorar las propuestas de cambio constitucional con la posible reunión de asambleas constituyentes y de confundirlas con las ordinarias y recurrentes de reforma a la Constitución política. También entre nosotros se suele confundir procesos de reforma constitucional con las de cambio constitucional y los de reformas constitucionales ordinarias con algunas reformas estructurales.

Obsérvese que entre nosotros es más que evidente la muy recurrente actividad reformadora de la Constitución desde la misma de 1886 hasta nuestros días, con más de ciento veinte reformas que rigieron, y rigen en el caso de la Carta Política de 1991 a la que ya se le introdujeron 60 en los escasos 33 años de existencia.

---

de ese año, lo que interrumpió los planes de reforma constitucional. Empero Rojas también quiso convocar su propia asamblea constituyente para que lo eligiera presidente.

Por todo ello, nada permite desconfiar y descalificar *ab initio* las ideas reformadoras del grupo político en el Gobierno solo por su lenguaje extraño al usado por los señores académicos y por los doctores en Derecho Constitucional Europeo y Comparado. Se trata de otro de los efectos de la ausencia histórica del debate político sustancial entre nosotros de descalificar las propuestas que desafían el lenguaje tradicional que empleamos los profesores que tanto trabajo nos costó incorporar a nuestro lenguaje profesional.

Desde luego, en los ámbitos de nuestra especialidad en el derecho constitucional comparado, nos hemos visto rodeados de nuevas y exóticas corrientes recientes del constitucionalismo regional o andino, contrario al eurocentrismo patriarcal y centralista, como las que se introdujeron en los dos proyectos de nueva constitución de Chile, las que se reconocen en las reglas del Estado Plurinacional Boliviano, las del constitucionalismo autoritario del régimen venezolano con una nueva estructura del poder y sus raras configuraciones y las de la constitución de Ecuador. Desde luego, el constitucionalismo colombiano ha sido refractario a las mutaciones folclóricas y exóticas que hoy nos acechan, pero, en mi opinión, no sería el caso de las propuestas de cambio constitucional de los últimos meses. No hay que confundir estas propuestas con un salto a la destrucción del régimen y, más bien debemos entender que lo que está sobre la mesa no es resultado de una delirante configuración mesiánica y autoritaria. Desde luego, hoy circulan ideas en Europa y en el sur del continente acerca de las ideas del nuevo poder constituyente permanente y del poder popular en permanente asamblea, que entre nosotros no prosperan.

En efecto, cabe observar que la Carta Política de 1991 ha sufrido, a la fecha, cerca de 60 reformas desde su expedición hasta hoy, tocando casi todos sus contenidos y casi todas las disposiciones de la versión original. Así, se ha reformado tres veces el régimen electoral, dos veces el de partidos incluidas las reglas del régimen de bancadas, de coaliciones, de inhabilidades; el régimen pensional, de la seguridad social en salud, el de la hacienda pública, de la rama judicial y de su Gobierno, el régimen penal, la justicia penal militar, las reglas para adquirir la ciudadanía entre muchos otros dispositivos jurídicos y hasta se han creado regio-

nes, distritos de especies variadas típicamente administrativos y ordinarios.

Esta práctica perversa de resolución en el papel constitucional reduce el valor de los procesos políticos y legislativos ordinarios y habituales, bajo el supuesto de la separación de poderes en sede congresional y la sobrevaloración del papel de cierre de la Corte Constitucional, creando así un nuevo y exótico balance de poderes en el régimen político que genera desconcierto e inacción legislativa y desvalorización de los procesos políticos naturales.

En principio aquellas dos nociones corresponden a las categorías del derecho constitucional comparado, pues son dos categorías de naturaleza práctica y procesal, conceptualmente diferentes especialmente dentro del ámbito del Derecho Constitucional Colombiano y entre nuestros académicos y dirigentes políticos.

Ambas se refieren a movimientos políticos y jurídicos esencial y sustancialmente provechosos, en buena parte consolidados como categorías construidas en nuestra historia política y constitucional.

A esta conclusión se llega a partir del examen jurídico de nuestro devenir constitucionalista, de la lectura de nuestra realidad y desde la óptica de la ciencia política y de la sociología del derecho, ciertamente confirmada en la evolución histórica de siglo y medio de vicisitudes y confrontaciones armadas.

Podríamos señalar que nuestro régimen político está diseñado, desde 1886, con el triunfo del conservadurismo y del centralismo ortodoxo y decadente, para propiciar y abrazar la práctica política de la introducción patológica de reformas constitucionales ordinarias casi anualmente y por casi todos los contenidos constitucionales. Se destacan por su alto contenido sustancial, las reformas constitucionales de 1936, 1945, 1968 y la de 1986 sobre elección popular de alcaldes conocido como la reforma de la democracia local.

Esto es cierto pues es evidente que mientras nuestro régimen político no ha sido refractario a los procesos constituyentes y de cambio constitucional, como ocurrió con las asambleas de 1905

y de 1910 reunidas bajo los gobiernos de Rafael Reyes, las derogadas o decapitadas de los gobiernos conservadores de Mariano Ospina Pérez y de Laureano Gómez Castro, así como las que intentó el General Gustavo Rojas Pinilla, somos ájenos al exotismo y las extravagancias constituyentes que también han gravitado en menor medida entre nosotros.[5]

De modo que podemos decir que nuestro régimen político también ha dispuesto de largos periodos de enfriamiento y adormecimiento constitucional y político a pesar de los graves conflictos de orden público y de legitimidad institucional y de la ausencia de respuestas normativas efectivas a los conflictos sociales armados y las violencias recurrentes para asegurar una paz total, efectiva y duradera. Pero también ha dispuesto de espacios de reflexión y de acción de los actores del régimen constitucional orientados a los procesos de cambio constitucional por las vías institucionales y normativas, incluidos los esfuerzos del poder judicial de controlarlos.

II. La Asamblea Constituyente y la expedición de la nueva Constitución Política de Colombia en 1991

La expedición de la Constitución de 1991 fue el resultado de una serie de eventos significativos que conjugan a todos los actores institucionales del viejo régimen, incluido a la rama judicial transformada en poder judicial. Uno de ellos fue la sorprendente decisión de la Corte Suprema de Justicia en 1990 de avalar el procedimiento especial para convocar una Asamblea Constituyente mediante decreto de Estado de Sitio, lo que permitió su conformación. Su sesión inaugural fue el martes 5 de febrero de 1991, a las 10:30 de la mañana, en el Centro de Convenciones Gonzalo Jiménez de Quesada, en el centro comercial y político de la ciudad, del cual ya no queda rastro histórico arquitectónico alguno por la propia voluntad de los gobernantes para que no sirviera de atractivo y motivación para reunir otra en poco tiempo.

[5] Efectivamente, el plebiscito de 1957 derogó todas las reformas constitucionales posteriores a la de 1945 y comprendía las dictadas por las asambleas hegemónicas del conservatismo de Ospina Pérez y Laureano Gómez Castro y de la dictadura del General Rojas Pinilla.

Este fallo fue inesperado por la comunidad política y académica, ya que la Corte, históricamente bipartidista y con una composición liberal-conservadora paritaria, había negado previamente la posibilidad de reunir una Asamblea Constituyente a través de cualquier mecanismo que violara la Carta Constitucional de 1886, que establecía que el Congreso era el único que podía reformar la Constitución. Esta cláusula se consideraba una de las pocas cláusulas pétreas del régimen constitucional colombiano.

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 fue resultado de un proceso pluralista en el que ni el Partido Liberal ni el Conservador obtuvieron la mayoría electoral. La asamblea incluyó representantes de diferentes sectores de la sociedad, como el Movimiento 19 de abril (M-19) —Alianza Democrática M-19—, el movimiento indígena, entrenadores de fútbol, el Movimiento de Salvación Nacional y el Partido Liberal liderado por César Gaviria.[6] El resultado fue una nueva Constitución que buscaba

[6] La primera edición del Diario de la Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 1, del 5 de febrero de 1991, relata la lista de sus 70 integrantes, elegidos en Colombia por elección popular el 9 de diciembre de 1990: "1. Abella Esquivel Aída Yolanda. 2. Abello Roca Carlos Daniel. 3. Arias López Jaime. 4. Benítez Tobón Jaime. 5. Cala Hederich Álvaro Federico. 6. Espinosa Facio-Lince Eduardo. 7. Carranza Coronado María Mercedes. 8. Carrillo Flórez Fernando. 9. Castro Jaime. 10. Cuevas Romero Tulio Enrique. 11. Echeverry Uruburo Álvaro. 12. Emiliani Román Raimundo. 13. Esguerra Portocarrero Juan Carlos. 14. Fals Borda Orlando Enrique. 15. Fernández Renowitzky Juan B. 16. Galán Sarmiento Antonio. 17. Garcés Lloreda María Teresa. 18. Garzón Angelino. 19. Giraldo Ángel Carlos Fernando. 20. Gómez Hurtado Álvaro. 21. Gómez Martínez Juan. 22. Guerrero Figueroa Guillermo. 23. Herrán de Montoya Helena. 24. Herrera Vergara Hernando. 25. Holguín Armando. 26. Hoyos Naranjo Óscar. 27. Lemos Simmons Carlos. 28. Leyva Durán Álvaro. 29. Londoño Jiménez Hernando. 30. Lleras de la Fuente Carlos. 31. Lloreda Caicedo Rodrigo. 32. Marulanda Gómez Iván. 33. Mejía Borda Arturo. 34. Molina Giraldo Rafael Ignacio. 35. Muelas Hurtado Lorenzo. 36. Navarro Wolff Antonio José. 37. Nieto Roa Luis Guillermo. 38. Ortiz Hurtado Jaime. 39. Ospina Hernández Mariano. 40. Ossa Escobar Carlos. 41. Pabón Pabón Rosemberg. 42. Palacio Rudas Alfonso. 43. Pastrana Borrero Misael. 44. Patiño Hormaza Otty. 45. Pérez González-Rubio Jesús. 46. Perry Rubio Guillermo. 47. Pineda Salazar Héctor. 48. Plazas Alcid Guillermo. 49. Ramírez Cardona Augusto. 50. Ramírez Ocampo Augusto. 51. Reyes Reyes Cornelio. 52. Rodado Noriega

establecer un sistema más participativo y democrático en Colombia. El texto final fue sancionado y promulgado por el presidente Gaviria el 4 de julio de 1991.

Este cambio constitucional tuvo fundamentos judiciales y políticos, como la necesidad de fortalecer la democracia participativa, ampliar los derechos humanos y ciudadanos, y establecer nuevas instituciones, mecanismos de control y la creación de la Corte Constitucional. La Constitución de 1991 también reconoció la diversidad étnica y cultural de la nación y consagró mecanismos para su protección y promoción. En nuestro régimen ha echado raíces el vigor judicial de la constitucionalidad de las reformas constitucionales incluso en ejecución y operancia.

La redacción de la Constitución Política de Colombia de 1991 se hizo en un contexto histórico marcado por la consolidación del neoliberalismo en Europa, Norteamérica y Sudamérica, especialmente en Chile. También se caracterizó por la retirada de los modelos interventores y reguladores de las economías en los estados de Occidente y el desarrollo del modelo de integración económica europea, así como por la disolución del esquema bipolar del orden político y militar mundial. Durante este proceso, la Asamblea Constituyente, previamente conocida como Asamblea Constitucional, fue la encargada de elaborar la nueva Carta Magna en medio de un Estado de sitio.

Fue gracias a la iniciativa de estudiantes de las universidades del Rosario, de los Andes, Javeriana, Externado y Nacional, entre otras, que se promovió la inclusión de una papeleta adicional, la

Carlos. 53. Rodríguez Céspedes Abel. 54. Rojas Birry Francisco. 55. Rojas Niño Germán. 56. Salgado Vásquez Julio Simón. 57. Santamaría Dávila Miguel. 58. Serpa Uribe Horacio. 59. Toro Zuluaga José Germán. 60. Trujillo García Carlos Holmes. 61. Uribe Vargas Diego. 62. Vásquez Carrizosa Alfredo. 63. Velasco Guerrero José María. 64. Verano de la Rosa Eduardo I. 65. Villa Rodríguez Fabio de Jesús. 66. Yepes Arcila Hernando. 67. Yepes Parra Miguel Antonio. 68. Zafra Roldán Gustavo. 69. Zalamea Costa Alberto. 70. Maturana García Francisco Antonio [...]. Delegatarios con voz: 71. Fajardo Jaime, EPL. 72. González Valentín, EPL. 73. Mejía Darío, PRT". *Cfr*. Asamblea Nacional Constituyente, 5 de febrero de 1991, Gaceta Constitucional núm. 1, Imprenta Nacional, p. 1.

siete en las elecciones de cualquier tipo, —comicios del 11 de marzo de 1990— con el fin de convocar a una Asamblea Constituyente.[7]

Para evitar la posibilidad de que la Corte Suprema de Justicia declarara inconstitucional el proceso, el presidente Virgilio Barco (1986-1990) emitió un Decreto Legislativo de Estado de Sitio 927 de 3 de mayo 1990 que permitió la introducción de una séptima urna para votar en las elecciones presidenciales, del 27 de mayo de 1990, por la realización de una Asamblea Constituyente.[8] Y así lo fundamentó, en este decreto, el Gobierno (1990):

> Que el 11 de marzo de 1990 un número considerable de ciudadanos, por iniciativa propia, ante la inminente necesidad de permitir el fortalecimiento institucional en ejercicio de la función constitucional del sufragio y de su autonomía soberana, manifestaron su voluntad para que la Constitución Política fuera reformada prontamente por una Asamblea Constitucional y que dicha convocatoria ha sido recogida y reiterada por las diversas fuerzas políticas y sociales.[9]

Y agregó esta consideración el Gobierno (1990):

> Que el Gobierno debe facilitar que el pueblo se pronuncie en las elecciones del 27 de mayo de 1990, puesto que "la Nación Constituyente, no por razón de autorizaciones de naturaleza jurídica que la hayan habilitado para actuar sino por la misma fuerza y efectividad de su poder político, goza de la mayor autonomía para adoptar las decisiones que a bien tenga en relación con su estructura política fundamental".[10]

---

7 Ese 11 de marzo de 1990 se realizaron las elecciones de: 1. Senado. 2. Cámara de Representantes. 3. Alcaldías. 4. Asambleas. 5. Concejos. 6. Consulta interna del Partido Liberal.

8 Es el Decreto Legislativo 927 del 3 de mayo de 1990.

9 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia núm. 59/90, 24 de mayo de 1990, p. 11.

10 Este Decreto 927 del 3 de mayo de 1990 está firmado por "El Ministro de Gobierno, encargado de las funciones del Despacho del Ministro de Comunicaciones, Horacio Serpa Uribe; el Ministro de Relaciones Exteriores, Julio Londoño Paredes; el Ministro de Justicia, Roberto Salazar Manrique; el Ministro de Hacienda y Crédito Público, Luis Fernando Alarcón Mantilla; el Ministro de Defensa Nacional, General Óscar Botero Restrepo; la Minis-

De lo que se concluye que la intención principal del movimiento político que condujo a la expedición de la nueva Constitución era incorporar, entre otros temas, la democracia participativa. Después de las votaciones del 27 de mayo de 1990, en las que César Gaviria Trujillo fue elegido presidente de la República de Colombia, se llevó a cabo la convocatoria para la Asamblea Constituyente, cuyos 70 delegatarios fueron elegidos el domingo 9 de diciembre de 1990.[11] Y en esta Constituyente de fin de siglo, se abordaron temas como la justicia, la división territorial y la democracia participativa, entre otros. Dado que esta asamblea no tenía límites, se decidió redactar una nueva Constitución en lugar de simplemente hacer modificaciones.

Para ello, se realizó una revocatoria del Congreso de la República, la supresión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema Justicia y de las funciones de juez constitucional de la Sala Plena de la misma Corte Suprema de Justicia; se creó la Corte Constitucional designada por el gobierno nacional y por un año. Cabe destacar que los períodos de elección si fueron objeto de cambios hasta la eliminación de la Sala Constitucional.

Esta Carta Política incorporó diversas influencias del pensamiento constitucional europeo y americano, y se escribió bajo la influencia de las constituciones de Portugal, Brasil y España. También se inspiró en las nuevas versiones de las constituciones alemana e italiana. En cuanto a la organización de las actividades legislativas, la Carta reflejó una visión pragmática y dinámica

tra de Trabajo y Seguridad Social, María Teresa Forero de Saade; el Ministro de Salud, Eduardo Díaz Uribe; la Ministra de Desarrollo Económico, encargada de las funciones del despacho del Ministro de Agricultura, María Mercedes Cuéllar de Martínez; la Ministra de Minas y Energía, Margarita Mena de Quevedo; el Ministro de Educación Nacional, Manuel Francisco Becerra Barney; la Ministra de Obras Públicas y Transporte, Luz Priscila Ceballos Ordóñez". Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia núm. 59/90, 24 de mayo 1990, pp. 11-12.

11 "La Asamblea Nacional Constituyente quedó conformada así: 24 curules para el liberalismo; 19 para la AD M-19; 11 para el Movimiento de Salvación Nacional de Álvaro Gómez; 5 para el Social Conservatismo de Misael Pastrana Borrero, 4 para las listas de Rodrigo Lloreda y Juan Gómez Martínez y 7 independientes", según publicación del periódico *El Tiempo*, *https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-951567*

de los Congresos organizados y trabajadores que ha predominado en los últimos años. Consta de 380 artículos "permanentes", varios de los cuales han sido reformados desde 1991.[12] Además, la Asamblea Constituyente redactó 60 artículos transitorios que aseguraron la transición entre el modelo constitucional anterior y el nuevo. Para facilitar esta transición, se previó la existencia de una comisión legislativa transitoria llamada Comisión Especial Legislativa (Congresito).[13] La mayor parte de las leyes que desa-

[12] Desde 1991 a 2024, la Constitución Política de Colombia de 1991 lleva más de 59 reformas constitucionales. La número 60: el Acto Legislativo 03 de 2023. Por medio del cual se modifica la Constitución Política de Colombia y se establece la Jurisdicción Agraria y Rural. Diario Oficial núm. 52.466, 24 de julio de 2023, *https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Acto/30046891*

[13] Mientras que el artículo transitorio 1 de la Constitución Política de 1991 consagró:"Convócase a elecciones generales del Congreso de la República para el 27 de octubre de 1991. El Congreso así elegido, tendrá el período que termina el 19 de julio de 1994. La Registraduría del Estado Civil, abrirá un período de inscripción de cédulas de ciudadanía"; el artículo transitorio 6 estableció: "Créase una Comisión Especial de treinta y seis miembros elegidos por cuociente electoral por la Asamblea Nacional Constituyente, la mitad de los cuales podrán ser Delegatarios, que se reunirá entre el 15 de julio y el 4 de octubre de 1991 y entre el 18 de noviembre de 1991 y el día de la instalación del nuevo Congreso. La elección se realizará en sesión convocada para este efecto el 4 de julio de 1991.
Esta Comisión Especial tendrá las siguientes atribuciones:
a) Improbar por la mayoría de sus miembros, en todo o en parte, los proyectos de decreto que prepare el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República por el artículo anterior y en otras disposiciones del presente Acto Constituyente, excepto los de nombramientos.
Los artículos improbados no podrán ser expedidos por el Gobierno;
b) Preparar los proyectos de ley que considere convenientes para desarrollar la Constitución. La Comisión Especial podrá presentar dichos proyectos para que sean debatidos y aprobados por el Congreso de la República;
c) Reglamentar su funcionamiento.
p arágrafo. Si la Comisión Especial no aprueba antes del 15 de diciembre de 1991 el proyecto de presupuesto para la vigencia fiscal de 1992, regirá el del año anterior, pero el Gobierno podrá reducir gastos, y, en consecuencia, suprimir o fusionar empleos, cuando así lo aconsejen los cálculos de rentas del nuevo ejercicio". Así está publicado en el Sistema Único de Información Normativa del Ministerio de Justicia, *https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988*

rrollaron inicialmente la Constitución de 1991 no fueron leyes en sentido formal, sino decretos leyes o de facultades extraordinarias de origen constituyente, con la fuerza material de la ley dictadas por el presidente, pero preparadas por la Comisión Especial Legislativa.

IV. Un verdadero giro doctrinario y sustantivo en el control judicial de la constitucionalidad de las reformas constitucionales

La reciente evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en materia del control judicial de la constitucionalidad de las reformas constitucionales, especialmente la que se recoge en las sentencias C-551/03,[14] C-141/10[15] y C-285/16,[16] ha generado una inusitada transfiguración radical del régimen político nacional, ejecutada de modo políticamente imperceptible, con la efectiva destitución del poder de cambio y de reforma constitucional sustancial que corresponde al llamado poder constituyente en sus diferentes configuraciones y expresiones constituidas que comprende al Congreso de la República, al Presidente de la República y al pueblo reunido en Asamblea Constituyente y en acciones de referendo.

Se trata de una insólita teoría de muy poca expresión regional y de escasa acogida mundial que ha tensionado los regímenes políticos donde se ha querido adoptar por la doctrina y por los tribunales constitucionales y que en algunos de aquello ha servido para corregir, estabilizar y compensar, en casos extremos, los sistemas políticos. Empero ha pasado el examen de la Corte Constitucional misma en reiteradas decisiones locales entre nosotros, y hasta ahora el debate nacional ha sido mínimo y sorprendentemente intrascendente y en gran medida han pasado sin grandes debates académicos ni políticos.

[14] Corte Constitucional. Sentencia núm. C-551/03. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

[15] Corte Constitucional. Sentencia núm. C-141/10. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

[16] Corte Constitucional. Sentencia núm. C-285/16. M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Esta jurisprudencia acoge la doctrina constitucional según la cual en todo caso el poder de reforma a la Constitución tiene límites sustanciales e inmateriales. que deben ser respetados y no ser superados so pena de la invalidez constitucional porque reformar una cláusula constitucional vigente, existente y operante podría estar por fuera de las competencias de cualquier órgano que lo haga y se caería en el ámbito del juicio de sustitución de la Carta y por lo mismo el acto de reforma constitucional sería inconstitucional por carencia de competencia reformadora.

Para esta jurisprudencia existen límites sustanciales, inmateriales, implícitos que harían inconstitucional la reforma constitucional. Para encontrar esos límites el juez constitucional debe hacer las tareas que le correspondería a un juicio de sustitución más producto de su configuración ideológica o un juicio ideocrático de sustento desconocido y *a priori*.

Entre nosotros y desde los inicios de la jurisprudencia que hizo justiciables los actos de reforma a la Carta Política entre los fallos de inconstitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia de las reformas de 1977 y de 1979, el poder de reforma constitucional y las capacidades de cambio constitucional habían sido reservadas en nuestro régimen constitucional y aun durante más de dos décadas por la Corte Constitucional y conforme a la Carta Política de 1991, de modo originario, único y exclusivamente al poder político nacional radicado en el Congreso de la Republica y en el pueblo cuando decide participar en la promoción de votación de los referendos constitucionales, propositivo, aprobatorios y confirmatorios y en la elección de los integrantes de la Asamblea Constituyente. Los únicos limites que se admitieron siempre fueron los de carácter procedimental y procesal lo que ahora y bajo la nueva Carta Política pasaron a ser expresos y directamente, acotados y regulados por la misma Carta Constitucional.

En este punto cabe señalar que las decisiones con las que comenzó la jurisprudencia del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en nuestro régimen político superando la doctrina de su intangibilidad judicial por tratarse de actos y decisiones políticas, también se fundaron en vicios de procedimiento en su formación. Así, en la sentencia de 1978 sobre

la reforma constitucional de 1977 se estableció que el famoso plebiscito había configurado una *cláusula pétrea* consistente en que siempre se debería respetar lo dispuesto en el artículo 218 de la Constitución Nacional en el sentido según el cual todas las reformas a la Constitución debían pasar únicamente por el Congreso de la Republica y tramitarse de conformidad con las reglas específicas y generales contenidas en la misma Constitución. En este sentido la disposición de crear una pequeña asamblea constituyente resultó contraria a la cláusula de 218 a pesar de haber sido tramitada su reforma temporal por el camino constitucional del artículo 218. Por ello hemos pensado que dicho procedimiento fue configurado como una *cláusula pétrea* y al mismo tiempo como una *decisión política fundamenta*l, pero en todo caso como una regla de procedimiento ineludible a la hora de tramitar los llamados *actos legislativos* o de *reforma constitucional*.

En la segunda sentencia, es decir la que declaró inconstitucional la reforma de 1979, la Corte Suprema de Justicia encontró que en el paso del proyecto de un periodo legislativo a otro tal y como lo ordenaba el mismo artículo 218 de la Constitución de 1886, reafirmado como *clausula pétrea*, se debieron respetar y acoger de modo riguroso las reglas reglamentarias y de procedimiento legislativo para el trámite de los proyectos de ley y de acto legislativo, establecidas como normas derivadas de orden reglamentario para asegurar el cabal funcionamiento del Congreso de la Republica. De manera específica se desconocieron las reglas reglamentarias para fusionar los proyectos de acto legislativo o de ley, acto que debió ser votado en el seno de las comisiones competentes al de pasar a la segunda legislatura como lo mandaba el famoso artículo 218 constitucional de 1886 reafirmado con el plebiscito de 1957.

Y este poder originario o derivado no puede ser cercenado bajo la tesis de juicio de sustitución y del vicio competencial como parte de los defectos de forma y de procedimiento a los que contrae la Carta Política el alcance del control judicial de la Corte de los actos de reforma constitucional, pues no existen parámetros normativos de contraste y de verificación. Toda reforma constitucional es modificación, por aditivas, sustitutivas o por abrogatoria y supone un vicio de inconstitucionalidad por sustitución. Así de simple y así de claro.

No se puede entender dentro del modelo constitucional colombiano que viene configurado paulatinamente desde la Constitución Nacional de 1886 que la decisión sobre los cambios, las reformas y las mutaciones constitucionales expresas y generales corresponda en su contenido sustancial, material y de forma a un tribunal constitucional como el nuestro que para dichos fines opera y funciona bajo las reglas del control constitucional abstracto, objetivo y general contraído al examen del cumplimiento de las disposiciones de procedimiento y de formación. Por ello una decisión sobre el contenido, la sustancia o la materia de la reforma constitucional no puede estar en manos de la Corte Constitucional bajo supuestos defectos relacionados con el mismo poder de reforma o de cambio. Por este camino se ha llegado a la teoría de la presunción de inconstitucionalidad de las reformas que formulan algunos constitucionalistas.

Además, no es fundamento alguno para que se estructure el supuesto control competencial bajo el supuesto del juicio de sustitución cuando la función de reforma constitucional en todo caso comprende la función de modificación, cambio y sustitución. Pero si el mismo Constituyente sanea los vicios competenciales por el paso del tiempo con la caducidad de la acción constitucional cuál sería el alcance de la configuración jurisprudencial de la inexequibilidad o inconstitucionalidad.

En este que sigue a la presentación de orden que hicimos para la Academia Colombiana de Jurisprudencia sostengo que debemos regresar al rigor dogmático de los términos de la Carta Política de 1991 en materia del alcance del control judicial de las reformas constitucionales de la República de Colombia, que recoge la sana tradición del control constitucional excepcional de las reformas constitucionales solo por vicios en su formación de conformidad con los requisitos y procedimientos expresamente establecidos en el texto de la Carta Política.

De lo contrario, persistir en la teoría y en la doctrina remota e inestable del control competencial y de los supuestos vicios se cae como en efecto se ha caído en una especie de seudo *originalísimo perverso* y problemático, de una parte y de otra, en la banalización del texto de la Carta Política como en el que hemos incurrido ya que los problemas políticos ordinarios que no se pueden

resolver en las labores ordinarias de la legislación las se hacen como reformas constitucionales intrascendentes y ordinarias que de igual modo frenan la dinámica política de la legislación y la política constitucional misma.

No obstante, la Corte Constitucional de Colombia abordó el nuevo modelo de examen de constitucionalidad de varias reformas constitucionales, fundada en una teoría jurisprudencial de origen en los altos tribunales de la India en la que se advierte que reformar la Constitución en esencia conduce a serios riesgos de sustitución y que reformar es casi siempre sustituir o parecer una sustitución del texto constitucional. En una reflexión extrema Roberto Gargarella alcanza a plantear que debería presumirse la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales por la tendencia a la configuración de un vicio competencial insuperable por sustitución.

Para la nueva jurisprudencia constitucional reformar es ciertamente modificar, sustituir, alterar, cambiar lo cual escaparía de las competencias del poder de reforma mismo y por ello correspondería a la Corte Constitucional retirar lo reformado del ordenamiento jurídico previo un delicado juicio en el que prevalecería la disciplina de la autocontención judicial constitucional.

Por ello, las dificultades formuladas en las mencionadas sentencias son un verdadero reto a la hermenéutica constitucional y definitivamente un abandono de la teoría de la dogmática constitucional tradicional y contemporánea y una ruptura al derecho procesal constitucional. En otras palabras, en la nueva jurisprudencia se trata de realizar esfuerzos de metafísica constitucional más allá de toda consideración pacífica y de toda controversia superable, para encontrar que reformar en cada caso permita probar que la reforma no significa ni cambiar ni sustituir las cláusulas constitucionales axiales. Pero en mi opinión toda la Constitución es axial, fundamental, esencial y su reforma sería imposible a la luz de la nueva jurisprudencia.

Para superar las serias dificultades dogmáticas de la jurisprudencia reciente, la misma Corte Constitucional intentó matizar y dar forma y sentido a sus consideraciones al señalar que el examen de sustitución no es un juicio de *violación* o *contradicción material* dirigido a establecer si el acto que modifica la Consti-

tución contradice las normas constitucionales previas o si vulnera determinados contenidos. Para la Corte tampoco el juicio de sustitución, que ha venido en construcción paulatina, no sería un juicio de *intangibilidad* que tenga por objeto establecer si fue modificada una regla o principio intocable de la Carta puesto que en el ordenamiento vigente no existen clausulas pétreas, inmutables o eternas y ha enunciado aquellas prácticas interpretativas incompatibles con el *juicio de sustitución* pues en palabras suyas se desfiguraría dicho control de constitucionalidad.

La distinción entre estos juicios para la Corte Constitucional es de singular importancia dado que permite no solo aclarar el tipo de razones en las que se puede fundar un ataque al acto de reforma constitucional, sino también imponer límites a la actuación de la Corte cuando se ocupa de tal tipo de demandas. Una confusión entre el juicio de sustitución, de una parte, y los juicios de violación material e intangibilidad, de otra, implicaría en la práctica desconocer que el acto legislativo tiene, por virtud de su especial procedimiento de aprobación, la condición de norma constitucional. De acuerdo con ello su validez no puede depender únicamente de su oposición con las normas constitucionales preexistentes dado que el objeto de una reforma de la Carta es, precisamente, modificar, eliminar o adicionar sus contenidos.

En ese sentido la misma Corte advierte que la declaración en la que se afirma que un acto legislativo constituye una sustitución, debe someterse a estrictas condiciones que hacen de esta hipótesis un evento excepcional, donde debe primar la prudencia y la autocontención (*self restraint*) del Tribunal Constitucional.

En efecto, la Corte Constitucional advierte en su jurisprudencia que debido a que la doctrina de la sustitución plantea dificultades interpretativas especiales, todas ellas asociadas a la definición y aplicación de conceptos tales como *eje definitorio, esencial*, *axial* o reemplazo de la Constitución y limita el poder de revisión constitucional específicamente asignado al Congreso de la República, órgano democráticamente electo (art. 374), la Corte debe ser especialmente prudente.

A estas razones, que explican la naturaleza extraordinaria del control, se suma el hecho de que la Corte debe adelantarlo en los *estrictos y precisos términos* del artículo 241 de la Carta, cuyo nu-

meral 1º dispone que el examen constitucional de los actos que la reforman, debería limitarse única y exclusivamente al juzgamiento de los vicios de procedimiento en su formación.

En efecto, a la luz de las citadas sentencias de la Corte Constitucional colombiana, la definición de las expresiones de reforma, cambio, transformación, adición o sustitución de las disposiciones constitucionales de modo sustancial aparece radicada en la Sala Plena de la Corte Constitucional, lo que en el marco de la doctrina del Estado social, democrático y constitucional de derecho desfigura, transfigura y desmonta la fuerza originaria del poder constituyente instituido de conformidad con la misma Carta Política. En este sentido sigo en parte el notable salvamento de voto del magistrado Mauricio González Cuervo en la sentencia C-249/12.[17]

En adelante la legitimidad constitucional de los contenidos adoptados en una reforma constitucional tramitada de conformidad con los procedimientos establecidos en la Constitución y la fuerza normativa del poder constituyente instituido y aun el poder referendario y constituyente de la Asamblea Constituyente que se reúna conforme a las disposiciones procesales de la misma, queda en manos de la mayoría política de una especia de "*aristocracia de la toga*" radicada y configurada en la Corte Constitucional.

En los mencionados fallos, nuestra Corte Constitucional incursiona en caminos de grave riesgo institucional general y que en su andar por esa doctrina enfrentará duras batallas innecesarias y generará graves daños a la estabilidad del régimen político; de hecho, la jurisprudencia mencionada ha sido poco debatida en el ámbito académico y menos en el escenario de los partidos políticos nacionales.

Ella ha servido para varios propósitos políticos en mi opinión ajenos a la dinámica social, política y constituyente generando un estado de incertidumbre política y de incoherencias constituyentes en el desarrollo y continuidad de la dinámica del régimen

[17] Corte Constitucional. Sentencia núm. C-249/12. M.P., Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

y del Estado. Estimo que por esa vía se llegará a la presunción de inconstitucionalidad de las reformas constitucionales como lo desearían varios profesores nacionales y extranjeros según se desprende de su intervención ante los sucesos de las reformas a poder judicial en México.

Dichos fallos menoscaban la capacidad de producir transformaciones y desarrollos legítimos dentro del contexto del régimen político nacional, lo que en mi opinión configura una especie de precipicio constitucional, suplido en todo caso por la misma Corte Constitucional y sus disposiciones contenidas en sus sentencias. Esta jurisprudencia reiterada en escasos fallos se funda en apreciaciones de orden metafísico y su característica es la absoluta ausencia de fundamento constitucional *a priori y* la falta de coherencia y continuidad histórica con el deber de controlar las reformas constitucionales por vicios de procedimiento.

A la luz de la novísima teoría de la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales denominada doctrina de la inconstitucionalidad por *vicios competenciales* denominados de *sustitución constitucional* las reformas constitucionales no son válidas si producen cambios, transformaciones, rupturas orgánicas, modificaciones denominadas axiales. En efecto, recientemente en el régimen de control de constitucionalidad colombiano ha definido que el poder de reforma constitucional en la Republica de Colombia no puede introducir cambios, modificaciones, adiciones, sustituciones y ajustes dispuestos conforme las reglas de procedimiento. Y cabe preguntar el porqué de la doctrina y de la jurisprudencia de la inconstitucionalidad de las reformas estructurales y axiales de la Constitución si se hacen o introducen en cumplimiento de todos los requisitos y procedimientos establecidos expresamente por la Carta Política de 1991.

Ahora bien, en la teoría del control de los actos de reforma constitucional se ha sostenido que el poder constituyente derivado y aun el originario tiene que respetar ciertos límites materiales y otros jurídicos expresos como serían los tratados internacionales sobre derechos humanos y de las convenciones internacionales adoptadas por el derecho internacional ecuménico y en el seno de los organismos multilaterales de derechos

humanos como las que surgen de las Naciones Unidas ONU y de la Organización de los Estados Americanos OEA. Esto supone la vigencia del control de convencionalidad concentrado de las reformas constitucionales a la luz de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la jurisprudencia de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Cada vez es más difícil sostener la intangibilidad de los límites materiales dados los avances y las profundas rupturas que ofrece y promueve la evolución de la tecnología y la ruptura tecnológica de los milenarios tabúes adoptados por las culturas dominantes en los diferentes escenarios culturales de las civilizaciones. También se discute si los tratados internacionales de limites pueden ser derogados, abrogados, desconocidos unilateralmente por una de las altas partes contratantes y si ello produce efectos jurídicos aplicables directamente.[18]

[18] En 2024, el Congreso federal de México aprobó una reforma constitucional que introduce cambios significativos en el Poder Judicial. Entre las modificaciones más destacadas se encuentra la elección popular de jueces y magistrados, incluyendo a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), a partir de 2025. La reforma también establece un Tribunal de Disciplina Judicial y reduce el número de ministros de la SCJN de 11 a 9. Esta reforma había sido objeto de controversia y había enfrentado desafíos legales, pues diversos partidos políticos y legisladores presentaron acciones de inconstitucionalidad ante la SCJN, argumentando que la reforma vulnera la independencia judicial y contraviene obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. El 5 de noviembre de 2024, la SCJN deliberó sobre estas acciones de inconstitucionalidad. Sin embargo, el proyecto que proponía invalidar parcialmente la reforma no alcanzó la mayoría calificada necesaria de ocho votos, obteniendo solo siete a favor y cuatro en contra. Como resultado, la reforma fue validada y entró en vigor. Cabe observar que la implementación de esta reforma ha generado preocupación entre organizaciones nacionales e internacionales que señalan posibles riesgos para la independencia judicial y la democracia en México. A pesar de las críticas, el Gobierno ha defendido la reforma como un paso hacia la eliminación de la corrupción en el sistema judicial. Allí es donde aparece la intervención de ilustres constitucionalistas, varios de ellos colombianos que suponen en un importante *Amicus Curiae*, la importancia trascendental de la nueva jurisprudencia colombiana.

V. La jurisprudencia colombiana sobre el control llamado control competencial de los actos reformatorios de la Constitución y la sustitución constitucional

Como es bien conocido, la Constitución colombiana de 1991 establece en sus artículos 239 a 248, las reglas esenciales y básicas de la jurisdicción constitucional como el principal instrumento del esquema integral, paralelo y completo de control de constitucionalidad de las leyes y de los actos normativos equiparables a la ley y a los actos administrativos que caracteriza nuestra estructura jurídica.

En estas disposiciones la Corte Constitucional se estableció para ejercer como principal defensor de la Carta Política; dentro de régimen se establece que a ella se le confía "la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo", y en este esquema, los numerales 1 y 2 se establece que le corresponde.

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, solo por vicios de procedimiento en su formación.

La Carta constitucional colombiana, permite estudiar judicialmente la constitucionalidad de las normas jurídicas solo por vicios de forma en su formación o con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, también solo por vicios de procedimiento en su formación.

Pues bien, con ocasión de la expedición de la sentencia C-551/03, en la que se realizó la revisión de constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, "Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma cons-

titucional", la Corte Constitucional planteó y ejerció la facultad auto dispuesta de efectuar un control, inclusive oficioso, sobre eventuales vicios competenciales, que en teoría podrían considerarse de naturaleza procedimental, pero en realidad provoca un control material de la posible reforma constitucional, como en efecto sucedió en esa sentencia.

Allí se estudió si el Congreso de la Republica pudo exceder sus competencias de reforma de la Constitución, en este caso al convocar un referendo reformatorio de la Constitución Política, tras partir de la base de que el poder constituido no está autorizado para derogar o sustituir la Constitución, pues ello solo lo podría realizar el poder constituyente originario, y para justificar tal variación en la intensidad y clase del control constitucional ejercido en este caso, señaló lo siguiente:

> [...] Así, el artículo 374 de la Carta señala que "la Constitución podrá ser reformada [...]." Es obvio que esa disposición, y en general el Título XIII de la Carta, no se refieren a cualquier Constitución sino exclusivamente a la Constitución colombiana de 1991, aprobada por la Asamblea Constituyente de ese año, que actuó como comisionada del poder soberano del pueblo colombiano. De manera literal resulta entonces claro que lo único que la Carta autoriza es que se reforme la Constitución vigente, pero no establece que esta puede ser sustituida por otra Constitución. Al limitar la competencia del poder reformatorio a modificar la Constitución de 1991, debe entenderse que la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan. Es decir, que el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución. Y es que el título XIII habla de la "reforma" de la Constitución de 1991, pero en ningún caso de su eliminación o sustitución por otra Constitución distinta, lo cual solo puede ser obra del constituyente originario.
>
> 35- Nótese entonces que el texto constitucional colombiano, si bien no establece cláusulas pétreas, ni principios intangibles tampoco autoriza expresamente la sustitución integral de la Constitución.[19]

[19] Corte Constitucional. Sentencia núm. C-551/03., M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

Y en una aproximación a lo que serían los criterios para determinar el control constitucional competencial por sustitución de la Constitución, en la sentencia C-551/03 se indicó:

> 39. Conforme a lo anterior, la Corte concluye que aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad. *Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformatorio con una regla, norma o principio constitucional lo cual equivaldría a ejercer un control material. Por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (CP art. 1°) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue remplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma.* Y por ende, como la Corte debe analizar si la ley convocante conduce indefectiblemente a que el poder de reforma desborde sus límites competenciales, es necesario que al estudiar cada uno de los numerales del artículo 1° de la Ley 796 de 2003, esta Corporación examine si los proyectos de reforma constitucional sometidos a la aprobación del pueblo implican o no una sustitución de la Constitución de 1991.[20](cursivas fuera de texto).

En suma, en la Sentencia C-551 de 2003 se establecieron estos criterios en relación con la sustitución de Constitución, al juzgar una ley que convocaba a un referendo, no un acto legislativo en cuya aprobación no participa directamente el pueblo:[21]

a) Que el poder de reforma definido por la Constitución colombiana está sujeto a límites competenciales.

---

[20] *Ibidem*.

[21] Esta sistematización de los criterios está recogida en la Sentencia C-1040/05.

b) Que por virtud de esos límites competenciales el poder de reforma puede reformar la constitución, pero no puede sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta.
c) Que para establecer si una determinada reforma a la Constitución es, en realidad, una sustitución de esta es preciso tener en cuenta los principios y valores del ordenamiento constitucional que le dan su identidad.
d) Que la Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles y que, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello.
e) Que el poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución.
f) Que solo el constituyente primario tendría la posibilidad de producir una tal sustitución.

Luego, con base en la jurisprudencia anterior, se atiende una demanda de control de constitucionalidad que desembocaría en la Sentencia C-1200/03, en la que se analizó la constitucionalidad de los artículos transitorios 4 y 5 (parcial) del Acto Legislativo 3 de 2002, que incorporó al régimen constitucional penal normas que reformaron el Sistema Penal Acusatorio en Colombia y, a pesar de que la Corte se inhibió de proferir decisión de fondo, si se pronunció sobre el control de constitucionalidad competencial para reformas constitucionales señalando lo siguiente:

> La constitución adoptada por el pueblo en un acto constituyente soberano y fundacional puede ser modificada por los mecanismos previstos por el propio soberano. La modificación de la Constitución no es un acto de soberanía, sino un acto de revisión en ejercicio de una competencia atribuida por el pueblo soberano a ciertos titulares, la cual habrá de ser ejercida siguiendo los procedimientos instituidos también por el soberano. Por eso, no se puede equiparar un acto de soberanía al ejercicio de una competencia atribuida por el soberano a un órgano. Tampoco se pueden asimilar el acto constituyente fundador de una Constitución adoptado por el soberano y el acto de revisión de la Constitución expedido por el Congreso de la República como órgano constituido titular del poder de reforma.[22]

[22] Por eso, la doctrina reciente ha criticado el concepto de poder constituyente derivado ya que representa una equiparación semántica entre acto

Así el acto de revisión de la Constitución es la expresión del poder constituido de revisión, no del poder soberano constituyente. Por eso, el acto de revisión está limitado por el acto constituyente; de lo contrario los órganos constituidos no estarían subordinados al soberano, y la obra del constituyente fundador podría ser abolida o derogada por un órgano constituido en contra de la voluntad o decisión del pueblo soberano. En realidad, el poder de revisión no comprende la competencia de derogar o abolir la Constitución. Es un poder para reformarla (artículo 374 C.P.), no para sustituirla, destruirla o abolirla. Lo anterior no impide que el poder constituyente, stricto sensu, adopte una nueva constitución en sentido formal y material y la propia Carta no excluye esa posibilidad, al prever, como se dijo en la sentencia C-551 de 2003, "un procedimiento agravado de reforma que podría eventualmente permitir una sustitución jurídicamente válida de la Constitución vigente",[23] siempre que el pueblo soberano así lo decida expresamente.

---

constituyente del poder soberano y acto de revisión emitido por un poder no soberano, sino constituido. De ahí que el concepto de poder constituyente constituido denote problemas lógicos, los cuales no desaparecen por la utilización de la expresión derivado o secundario, en vez de constituido. Olivier Beaud, *La Puissance de l´ Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 314 y ss., criticando las tesis de Roger Bonnard que consagró en el derecho francés la clasificación entre poder constituyente originario y derivado.

[23] Así, en la sentencia C-551 de 2003 se dijo: "Sin embargo, no corresponde a la Corte en esta sentencia entrar a analizar los límites del poder de reforma cuando este es ejercido por vía de acto legislativo o de asamblea constituyente, puesto que el presente proceso está referido exclusivamente a una ley que convoca a un referendo. Con todo, y sin que la Corte deba en esta oportunidad analizar en detalle el tema, esta Corporación considera que la Constitución de 1991 intenta superar ese dilema y la tensión entre la soberanía popular y la supremacía constitucional por medio de una apertura al poder constituyente originario, previendo un procedimiento agravado de reforma, que podría eventualmente permitir una sustitución jurídicamente válida de la Constitución vigente. La fijación de un cauce al poder constituyente originario es siempre imperfecta, pues el poder constituyente, por sus propias características, es "*rebelde a una integración total en un sistema de normas y competencias*", y por ello no admite una institucionalización total. Sin embargo, ese cauce busca facilitar, no impedir, la expresión del Constituyente originario sin ocasionar innecesarias rupturas institucionales." Y es natural que dicho procedimiento haya sido previsto por la Asamblea Constituyente de 1991, que quiso proteger la identidad y continuidad de la Constitución que promulgó, pero sin que ello implicara petrificar el texto constitucional, aprobado, precisamente porque esa asamblea había

> El poder de revisión de la Constitución es una de las formas de preservar la Constitución adaptándola a la evolución de una sociedad, ajustándola a necesidades y propósitos que se han tornado imperativos o corrigiendo fallas específicas en el diseño inicial. Su función es garantizar la permanencia de la Constitución adoptada por el poder constituyente, no sustituir la Constitución por otra diferente. Así lo han entendido los teóricos del poder constituyente que han conceptualizado el poder de revisión como una forma de garantizar la permanencia de la Constitución.[24] Por eso, impedir que la Constitución sea reformada es sembrar la semilla de su destrucción, lo cual va en contra de la misión del juez constitucional de defender la Constitución. Pero el juez constitucional tampoco puede ser indiferente ante revisiones constitucionales que en realidad sustituyen la Constitución so pretexto de reformarla, sin que ello signifique crear por vía judicial normas pétreas ni principios intangibles.[25]

Y, a partir de ejemplos, se previó la posibilidad de ejercer el citado control de constitucionalidad sobre una sustitución parcial de la Carta, así:

> Cabe preguntarse si la sustitución de la Constitución ha de ser siempre total o si puede ser parcial, puesto que esto incide tanto en el cargo que ha de plantear el demandante como en los alcances del control constitucional. El ejemplo de la monarquía muestra que la sustitución por el hecho de ser parcial no deja de ser sustitución. Si Colombia dejara de ser una república para transformarse en una monarquía parlamentaria, pero continuara siendo democrática, pluralista, respetuosa de la dignidad humana y sujeta al estado social de derecho, sería obvio que la Constitución de 1991 ha sido sustituida por otra constitución diferente. Sin embargo, el mismo ejemplo ilustra un segundo elemento de la sustitución parcial: la parte de la Constitución transformada debe ser de tal trascendencia y magnitud que pueda afirmarse que la modificación parcial no fue reforma sino sustitución. Por eso, no representan sustituciones parciales los cambios que reforman la Constitución y que, si bien

---

nacido, en parte, de las dificultades que el carácter intangible y restrictivo del artículo 218 de la Constitución anterior había implicado para un cambio constitucional".

24 O. Beaud, *op. cit*.

25 Corte Constitucional. Sentencia No. C-1200/03. M.P. Dres. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

> refieren a asuntos importantes, no transforman la forma de organización política - en todo o en alguno de sus componentes definitorios esenciales - en otra opuesta (monarquía parlamentaria) o integralmente diferente (república parlamentaria). De tal manera que no constituyen sustituciones parciales, por ejemplo, las reformulaciones positivas, es decir, el cambio en la redacción de una norma sin modificar su contenido esencial (i.e. "estado de derecho, social y democrático" por "estado democrático y social de derecho"); las reconceptualizaciones, es decir, el cambio en la conceptualización de un valor protegido por la Constitución (i.e. "el pueblo es el único titular de la soberanía" por "la soberanía reside exclusiva e indivisiblemente en el pueblo"); las excepciones específicas, es decir, la adición de una salvedad a la aplicación de una norma constitucional que se mantiene en su alcance general (i.e. establecer la inhabilidad indefinida por pérdida de investidura como excepción a la regla general que prohíbe las penas perpetuas), las limitaciones o restricciones, es decir, la introducción por el propio poder de reforma de límites y restricciones para armonizar valores e intereses enfrentados (i.e. introducir como límite a la libertad de prensa el respeto a la honra o permitir la suspensión de la ciudadanía para los condenados a pena de prisión en los casos que señale la ley). Anota la Corte que la Constitución permite expresamente reformas por vía de actos legislativos aprobados por el Congreso que "se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso", o sea en ámbitos materiales de gran significado, pero obliga a que tales reformas sean sometidas a referendo "si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral" (artículo 377 C.P.)".[26] (Subrayas fuera de texto)

Finalmente, en esta sentencia se revelan los dos graves peligros del control constitucional del poder de reforma o de revisión, que son la petrificación de la Constitución y el subjetivismo del juez constitucional:

> El primero consiste en que la misión del juez constitucional de defender la Constitución termine por impedir que esta sea reformada inclusive en temas importantes y significativos para la vida cambiante de un país"; y "El segundo peligro radica en que la inde-

[26] *Ibidem.*

terminación de los principios constitucionales más básicos puede conducir, ante un cambio importante de la Constitución, a que el juez constitucional aplique sus propias concepciones y le reste valor a otras ideas, también legítimas, que no son opuestas al diseño original, así lo reformen".

El llamado control de constitucionalidad de sustitución de la Carta tuvo otros desarrollos de reiteración en las sentencias C-970/04, C-971/04, C-242/05, C-1040/05 y C-588/09, de las que se rescatan el siguiente texto que detalla la metodología para el ejercicio del control de constitucionalidad en relación con cargos por sustitución de la Constitución:

Metodología para el ejercicio del control de constitucionalidad en relación con cargos por sustitución de la Constitución. Habiendo acotado el ámbito de la sustitución como reemplazo total o parcial de la Constitución, es preciso señalar la metodología que debe aplicar la Corte para abordar el examen de un acto reformatorio de la Constitución cuando se haya planteado un cargo por sustitución de la Constitución.

Reitera la Corte que no se trata, en tales eventos, de un examen de fondo en torno al contenido del acto reformatorio de la Constitución, sino de un juicio sobre la competencia del órgano encargado de adelantar la reforma. Se trata de un juicio autónomo en el ámbito de la competencia. Si el órgano que expidió la reforma era competente para hacerlo, nos encontraríamos frente a una verdadera reforma constitucional, susceptible de control solo en relación con los vicios en el trámite de formación del correspondiente acto reformatorio. Si, por el contrario, hay un vicio de competencia, quiere decir que el órgano respectivo, por la vía del procedimiento de reforma, habría acometido una sustitución de la Constitución, para lo cual carecía de competencia, y su actuación habría de ser invalidada.

4.1. Como premisa mayor en el anterior análisis, es necesario enunciar aquellos aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformatorio. Ello permite a la Corte establecer los parámetros normativos aplicables al examen de constitucionalidad del acto acusado.

Se trata de un enunciado específico, que no se limita a plantear los aspectos que de manera general tiene una

determinada institución en el constitucionalismo contemporáneo, sino la manera particular como un elemento definitorio ha sido configurado en la Constitución colombiana y que, por consiguiente, hace parte de su identidad.

4.2. Procede luego el examen del acto acusado, para establecer cuál es su alcance jurídico, en relación con los elementos definitorios identificadores de la Constitución, a partir de las cuales se han aislado los parámetros normativos del control.

4.3. Al contrastar las anteriores premisas con el criterio de juzgamiento que se ha señalado por la Corte, esto es, la verificación de si la reforma reemplaza un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente, será posible determinar si se ha incurrido o no en un vicio de competencia.[27]

Ahora bien, este tipo de control de constitucionalidad tuvo efectos reales solo hasta la sentencia C-141/10, pues en ella se utilizó para declarar inexequible la Ley 1354 de 2009, en la que se convocaba a un Referendo Constitucional y sometía a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional, en el que se consultaría si quien haya sido elegido a la Presidencia de la República por dos períodos constitucionales, podrá ser elegido únicamente para otro período como en el caso de Álvaro Uribe Vélez.

En esta sentencia se destaca acerca de la forma de realizar esta novísima modalidad control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en ella la Corte manifiesta que ella también diferencia el *juicio de sustitución* del juicio de intangibilidad y del juicio de violación de un contenido material de la Constitución.

Al respecto la Corte Constitucional reitera que las diferencias fundamentales que para ella distinguen al *juicio de sustitución* de los otros dos juicios mencionados, consisten en que la premisa mayor del juicio de sustitución no está específicamente plasmada en un artículo de la Constitución, sino que es toda la Constitu-

[27] Corte Constitucional. Sentencia núm. C-970/04. M.P: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

ción entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad.

A esto añade la Corte que el juicio de sustitución no tiene por objeto constatar una contradicción entre normas, como suele suceder en el control material ordinario, ni se verifica si se presenta la violación de un principio o regla intocable, como suele suceder en el juicio de intangibilidad. Mediante el juicio de sustitución se apreciaría si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución y se analiza si este reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles.

Así mismo, se afirmó en dicha sentencia que el concepto de la sustitución de la Constitución Política no se trata de un concepto completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan. En el caso en concreto, la Corte consideró que existía la posibilidad de la sustitución de la Constitución con el referendo que se pretendía convocar porque sustituye ejes estructurales de la Constitución Política, ya que resulta comprometido el principio de igualdad y por contera el pluralismo político, y la exigencia de la universalidad o generalidad de las leyes, que también es una de las manifestaciones del principio de igualdad, porque la Ley 1354 de 2009 se aprobó con la finalidad específica de permitir al entonces presidente de la República aspirar a un tercer mandato consecutivo. Además, allí se altera el perfil de un sistema presidencial, pues fortalece el poder nominador del ejecutivo con incidencia directa en el sistema de frenos y contrapesos, dado que el presidente de la República participa en la elección de altos dignatarios del Estado. También se sustituye el principio de alternación en el poder político, que genera concentración del poder en detrimento las posibilidades de las minorías y de la oposición-

Luego, la Corte Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la sustitución constitucional en Colombia como límite a la reforma del poder constituyente derivado, en las sentencias C-574/11, C-249/12, C-1056/12, C-579/13, C-577/14, C-053/16 y C-261/16.

Con ocasión del estudio de una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 15 (parcial), 16, 17, 18, 19 y 26 (parcial) del Acto Legislativo 02 de 2015, por medio del cual se adoptaba una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional que afectaba el esquema de gobierno y administración de la Rama Judicial, mediante la Sentencia núm. C-285/16,[28] la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de nuevamente abordar y poner en práctica el control de constitucionalidad por sustitución de la Constitución.

En efecto, la Corte estimó que era competente para pronunciarse sobre las acusaciones en contra del Acto legislativo por el presunto desbordamiento en el ejercicio del poder de reforma por parte del Congreso, en la medida en que la atribución para controlar la constitucionalidad de los actos reformatorios de la Constitución por vicios de trámite y procedimiento, prevista en el artículo 241.1 de la Carta Política, comprende la facultad para evaluar los vicios competenciales derivados de la supresión de los principios transversales y estructurales del ordenamiento superior.

En este sentido, la jurisprudencia aclaró que la tesis sobre la inexistencia de barreras o límites al poder de reforma de la Constitución se opone a los principios básicos sobre los cuales se asienta el Estado constitucional de derecho que, al acoger los postulados de la democracia sustancial, por oposición a los modelos plebiscitarios de la democracia, hace radicar la legitimidad del sistema político y económico no solamente en el consenso, sino en la compatibilidad de los contenidos de las decisiones de la mayoría con unos estándares mínimos en relación con el reconocimiento de los límites al poder y de los derechos fundamentales. También considera que la competencia de la Corte para efectuar el escrutinio judicial propuesto por el actor encuentra fundamento normativo expreso en el artículo 241 de la Carta Política; y que los reparos al control competencial de los actos reformatorios de la Constitución, por la discrecionalidad con la que cuenta el juez para construir los ejes definitorio de la Constitución y por la posibilidad de que sus decisiones se opongan a las que han adoptado los órganos que sí cuentan con legitimidad democrática, corresponden a las objeciones que se formulan general a la actividad

[28] M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero.

jurisdiccional de los jueces y tribunales constitucionales, que no solo ya han sido desvirtuadas, sino que además no tienen la potencialidad de invalidar la atribución constitucional en cuestión.

En el caso concreto, la Corte consideró que el principio de autogobierno de la Rama Judicial es un principio estructural y transversal del ordenamiento superior, por su relación de conexidad con el principio de separación de poderes, y con los principios de independencia y autonomía judicial.

Según la Corte, en la Constitución de 1991 el principio de autogobierno judicial comprendería tres elementos: *i)* por un lado, la existencia de una institucionalidad encargada del gobierno y administración del poder judicial; *ii)* por otro lado, se requiere que dichas instancias sean endógenas al poder judicial, es decir, que se inserten a la estructura de dicho poder; *iii)* y finalmente, estas instancias deben tener la capacidad para dirigir y gestionar la rama judicial considerada como órgano y como función de administración de justicia.

Pues bien, la reforma constitucional estudiada se habría estructurado a partir de principios opuestos a la prohibición de concentración de funciones y al equilibrio de poderes; se edificaría sobre principios opuestos a los de neutralidad e imparcialidad en la gestión de la rama judicial, en la medida en que el órgano de gobierno se encuentra integrado por los mismos destinatarios de dicha actividad; habría sustraído a los órganos de gobierno y administración de la rama judicial de las herramientas para poder conducir el poder judicial; e institucionalizaría un sistema de interferencias en el gobierno y administración del poder judicial, tanto por parte de actores externos a la rama judicial, como instancias gubernamentales, el Fiscal General de la Nación y representantes de abogados y de la academia, como por parte de quienes integran la función jurisdiccional misma. Tras considerar lo anterior, la Corte consideró que la mayor parte de la reforma constitucional se constituía en una sustitución a la Constitución.

Luego de esta providencia paradigmática, la Corte Constitucional ha reiterado la posición en cuanto al control competencial de los actos reformatorios de la Constitución, en las sentencias C-230/16, C-379/16, C-094/17, C-674/17, C-020/18, C-076/18, C-245/19 y C-134/23, entre otras.

Una reforma necesaria y una iniciativa intransitable: la designación de ministras y ministros en la Suprema Corte de Justicia de la Nación

***

A necessary reform and an infeasible initiative: the appointment of justices to the Supreme Court of Justice of the Nation

*Javier Martín Reyes**

Resumen: este artículo examina la propuesta del presidente Andrés Manuel López Obrador para reformar el método de designación de ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) mediante elecciones populares y lo compara con el actual modelo de designación. En primer lugar, el artículo critica el método actual de designación, argumentando que otorga un poder desmedido al presidente de la República y no garantiza la imparcialidad ni el mérito de los nombramientos. En segundo lugar, analiza el "Plan C" y sus implicaciones, sugiriendo que lejos de mejorar el sistema judicial, la propuesta

* Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e investigador nacional en el Sistema Nacional de Investigadores. ORCID *https://orcid.org/0000-0001-9764-4117*. Tomo como base para esta ponencia lo que previamente expuse en: Martín Reyes, Javier, "La elección popular de los poderes judiciales en México: breve radiografía del 'Plan C'", en López Ayllón, Sergio; Orozco Henríquez, José de Jesús; Salazar Ugarte, Pedro; y Valadés, Diego, *Análisis técnico de las 20 iniciativas de reformas constitucionales y legales presentadas por el presidente de la República (febrero 5, 2024)*, México, IIJ-UNAM, pp. 319-332.

podría conducir a una mayor politización y control partidista del poder judicial. En particular, se muestra cómo la iniciativa permitiría al presidente y al Congreso influir significativamente en las elecciones judiciales, en lugar de promover una auténtica independencia judicial.

Abstract: this article examines President Andrés Manuel López Obrador's proposal to reform the method of appointing justices to the Supreme Court of Justice of the Nation (SCJN) through popular elections and compares it with the current appointment model. First, the article criticizes the current appointment method, arguing that it grants disproportionate power to the President of the Republic and fails to guarantee the impartiality or merit of the appointments. Second, it analyzes "Plan C" and its implications, suggesting that far from improving the judicial system, the proposal could lead to greater politicization and partisan control of the judiciary. In particular, it shows how the initiative would allow the President and Congress to significantly influence judicial elections, rather than promoting genuine judicial independence.

Palabras clave: reforma judicial, elección popular, poder judicial, Plan C.

Key words: judicial reform, popular election, judiciary, Plan C.

Sumario: I. Introducción. II. El *statu quo*: en el procedimiento de designación, el presidente siempre gana. III. La iniciativa presidencial: purgar y capturar a la suprema corte de justicia de la nación. Referencias.

I. Introducción

Hay pocas cuestiones relacionadas con la organización de la justicia constitucional en México que levanten tantos debates como el método mediante el cual se elige a quienes integran la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). La regulación constitucional de este procedimiento ha sido objeto de los más variados estudios académicos, que durante décadas han analizado las virtudes y problemas del método de designación. Más aún, tiempos

recientes el tema ha adquirido una relevancia aún mayor, a partir de la presentación de una iniciativa presidencial mediante la cual se pretende elegir a las y los ministros de la Corte mediante el voto popular.

La presente ponencia tiene un doble propósito. Por un lado, pretendo mostrar los (múltiples) problemas que tiene el actual método de designación de ministras y ministros, así como la necesidad de reformarlo. Por el otro, me interesa analizar la propuesta que el 5 de febrero presentó el presidente Andrés Manuel López Obrador, a fin de evidenciar sus (demasiados) inconvenientes. Dicho de otra manera, esta ponencia argumenta que un cambio es necesario, pero no en la dirección propuesta por el presidente López Obrador.

II. El *statu quo*: en el procedimiento de designación, el presidente siempre gana

En este apartado analizo brevemente el actual método que rige la designación de ministras y ministros de la Suprema Corte. En ese sentido, creo que hay que ser enfáticos: el método establecido en la Constitución, producto de la reforma de 1994, tiene enormes problemas. Como he tenido la oportunidad de argumentar desde hace ya varios años,[1] se trata de un método de designación que simula un equilibrio entre poderes. Una lectura apresurada del artículo 96 constitucional podría sugerir que el presidente simplemente propone a una terna de personas para el cargo, pues la última palabra la tiene el Senado, quien debe realizar la designación por una mayoría calificada de dos terceras partes.

Sucede, sin embargo, que el procedimiento en realidad le da un poder desmedido al presidente de la República y que, como tantos otros métodos de designación actualmente vigentes, está muy lejos de garantizar la imparcialidad y el mérito de las per-

[1] Martín Reyes, Javier, "En el juego de la designación de ministros, el presidente siempre gana", *Nexos. El Juego de la Suprema Corte*, 7 de abril de 2015, *https://bit.ly/48ICnCB*

sonas que sean designadas para el cargo.[2] Veamos, con detalle, la redacción actual del artículo 96 constitucional, mismo que regula el nombramiento de ministras y ministros de la Suprema Corte:

> 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 treinta días. Si el Senado no resolviere dentro de dicho plazo, ocupará el cargo de Ministro la persona que, dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República. [...]
>
> 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.

Como puede verse, con el actual método de nombramiento, es falso que la última palabra la tenga siempre el Senado de la República. De hecho, una lectura cuidadosa del artículo 96 de la Constitución revela que el tiempo juega a favor del presidente, pues si el Senado demora más de 30 días en pronunciarse, entonces el titular del Ejecutivo realizará una designación directa. Y, de manera más preocupante, la Constitución establece que, si el Senado rechaza una segunda terna, entonces el presidente tiene la facultad constitucional de nombrar unilateralmente a la ministra o ministro de su preferencia.

Se trata, para decirlo pronto, de un método de designación que constitucionaliza el dedazo presidencial, que rompe con el

[2] Véase, por ejemplo, el siguiente trabajo, en el que comparo y contrasto el procedimiento de designación para las y los ministros de la SCJN, las magistraturas del TEPJF, así como las consejerías del INE y de los institutos electorales locales: Martín Reyes, Javier, "Ni imparcialidad ni mérito. Designación de magistraturas del Tribunal Electoral", en Concha Cantú, Hugo Alejandro, y Garza Onofre, Juan Jesús, *Repensar el Tribunal Electoral. Propuestas para su reforma*, México, TEPJF, 2022.

equilibrio de poderes y que abre la puerta a realizar nombramientos abiertamente partidistas. Este es el método de designación que ha permitido la llegada de perfiles no idóneos para el cargo, desde Eduardo Medina Mora hasta Lenia Batres Guadarrama.

Si la cuestión es si resultaría conveniente un cambio en el método de nombramiento de ministras y ministros de la Suprema Corte, entonces la respuesta es clara: por supuesto que sí. Es necesario, en términos generales, un nuevo procedimiento de designación que garantice de mejor forma tanto la competencia técnica como la independencia política de quienes integran al tribunal constitucional del Estado mexicano. Este debería ser el objetivo de una eventual reforma y el punto de partida para discutir cuál es la mejor forma de lograrlo.

Desafortunadamente, la iniciativa del presidente López Obrador, que coloquialmente se ha conocido como "Plan C", parte de premisas diferentes y apunta en la dirección opuesta. Como se verá en el siguiente apartado, la iniciativa presidencial no busca incrementar la competencia y la independencia de quienes integran el más alto tribunal del país. Sus objetivos son otros: purgar primero y luego capturar a la Suprema Corte, así como al resto de los órganos judiciales del país.

III. La iniciativa presidencial: purgar y capturar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación

En la iniciativa presidencial permea una premisa fundamental que conviene analizar con detenimiento: la supuesta necesidad de realizar una purga de todos los poderes judiciales y de establecer un sistema de voto directo para los titulares de los órganos de la judicatura. De acuerdo con la iniciativa del presidente López Obrador, la elección popular de jueces es necesaria para que "sus integrantes sean responsables de las decisiones que adopten frente a la sociedad" y para que representen "la pluralidad cultural, social e ideológica que conforman la nación". O, para decirlo, en palabras del propio presidente López Obrador, "jueces, magistrados y ministros del Poder Judicial, en vez de ser propuestos por el Poder Ejecutivo y nombrados por diputados y senadores en los

Congresos, serán electos de manera directa por el pueblo, porque solo el pueblo puede salvar al pueblo".[3]

Más allá de las imprecisiones en el discurso del presidente —es claro, por ejemplo, que jueces y magistrados de circuito actualmente no son nombrados por el poder ejecutivo y el legislativo— las modificaciones propuestas tienen un fin común: purgar primero y luego capturar a todos los poderes judiciales del país, comenzando por la Suprema Corte. Lo que la iniciativa propone, en pocas palabras, es pasar de un (muy) imperfecto proceso de designación, que no necesariamente garantiza la imparcialidad y el mérito de las personas nombradas, a otro que prácticamente aseguraría la captura y la partidización de la judicatura. Vale la pena lo primero que habría que decir del Plan C judicial es que se trata de una iniciativa que va mucho más allá de la Suprema Corte. La propuesta presidencial no solo contempla la elección directa de ministras y ministros, sino también de las personas titulares de los juzgados de distrito, los tribunales colegiados de circuito, las salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) e, incluso, los tribunales y juzgados de las entidades federativas. En caso de ser aprobada, la iniciativa de López Obrador significaría la transformación más profunda de la forma en que se elige a los principales cargos de prácticamente todos los poderes judiciales del país.

A continuación, me concentro en el análisis del método de elección propuesto para la mayor parte del Poder Judicial de la Federación por cuestiones de espacio y, sobre todo, porque el método propuesto para elegir a las magistraturas del TEPJF[4] es

[3] Véase el "Discurso del presidente Andrés Manuel López Obrador en la presentación de Iniciativas de reforma a la Constitución", *Sitio Oficial de Andrés Manuel López Obrador*, 5 de febrero de 2024, *https://bit.ly/48I9juQ*

[4] En el caso de las magistraturas de la Sala Superior y de las salas regionales del TEPJF, la iniciativa presidencial propone reformar el artículo 99 de la Constitución, de tal forma que establezca lo siguiente: "Las personas magistradas electorales que integren la Sala Superior serán elegidas el primer domingo de junio del año que corresponda mediante voto directo y secreto de la ciudadanía a nivel nacional, conforme al siguiente procedimiento:
I. El Senado de la República emitirá la convocatoria para la integración del listado de candidaturas el día que se instale el primer periodo de sesiones

ordinarias del año anterior al de la elección que corresponda, el cual contendrá las etapas completas del procedimiento, sus fechas y plazos improrrogables;

II. El Poder Ejecutivo postulará de manera paritaria por conducto de la persona titular de la Presidencia de la República hasta diez personas aspirantes; el Poder Legislativo postulará hasta cinco personas por cada Cámara mediante votación calificada de dos tercios de sus integrantes presentes, y el Poder Judicial de la Federación, por conducto del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, postulará hasta diez personas por mayoría de seis votos;

III. El Senado de la República recibirá las postulaciones, verificará que las candidaturas propuestas cumplan los requisitos de elegibilidad establecidos en esta Constitución y en las leyes, y remitirá el listado al Instituto Nacional de Elecciones y Consultas antes de que concluya el año anterior al de la elección que corresponda, a efectos de que organice el proceso electivo. Los Poderes de la Unión que no remitan sus postulaciones al término del plazo previsto en la convocatoria respectiva no podrán hacerlo posteriormente, y

IV. El Instituto Nacional de Elecciones y Consultas efectuará los cómputos de la elección y los comunicará al Senado de la República, que de inmediato realizará y publicará la suma, y enviará los resultados a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual resolverá las impugnaciones, calificará el proceso y declarará sus resultados antes de que el Senado de la República instale el primer periodo ordinario de sesiones del año de la elección que corresponda, fecha en que las personas aspirantes electas tomarán protesta de su encargo ante dicho órgano legislativo.

Las personas magistradas electorales que integren la Sala Superior deberán satisfacer los requisitos que establezcan esta Constitución, los cuales no podrán ser menores a los que se exigen para ser Ministra o Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, además, distinguirse por su probidad; durarán en su encargo seis años improrrogables. Las renuncias, ausencias y licencias de personas magistradas electorales de la Sala Superior serán tramitadas, cubiertas y otorgadas por dicha Sala, según corresponda, en los términos del artículo 98 de esta Constitución.

Las personas magistradas electorales que integren las salas regionales deberán satisfacer los requisitos que señale la ley, que no podrán ser menores a los indicados en el párrafo anterior. Serán elegidas popularmente mediante voto directo y secreto por regiones en los términos y modalidades que determine la legislación única en materia electoral, conforme al procedimiento aplicable para las magistraturas de Sala Superior, y durarán en su encargo seis años improrrogables.

En caso de defunción, renuncia o ausencia definitiva de alguna persona magistrada de Sala Superior o sala regional, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por mayoría de seis de sus integrantes, someterá una terna a consideración del Senado de la República, la cual elegirá por

prácticamente el mismo y, en el caso de las y los juzgadores locales, la iniciativa presidencial remite a "las bases que establece esta Constitución para el Poder Judicial de la Federación".[5]

Veamos, por tanto, la propuesta de López Obrador para la elección de las y los integrantes de la Suprema Corte. En ese sentido, el Plan C judicial propone la siguiente redacción para el artículo 96 de la Constitución:

> Las y los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las Magistradas y los Magistrados de Circuito, las Juezas y los Jueces de

el voto de la mayoría de sus integrantes presentes a una persona interina para cubrir la vacante hasta el día que tome protesta la persona servidora pública electa en la próxima elección ordinaria del año que corresponda. Las personas propuestas en la terna deberán cumplir los requisitos de elegibilidad aplicables para Magistrada o Magistrado de Sala Superior o sala regional, según corresponda".

[5] La iniciativa presidencial propone reformar el artículo 116 de la Constitución, de tal suerte que establezca, en la parte que interesa, lo siguiente:
"La independencia de los magistrados y jueces en el ejercicio de sus funciones deberá estar garantizada por las Constituciones y las Leyes Orgánicas de los Estados, las cuales establecerán las condiciones para su elección por voto directo y secreto de la ciudadanía; la creación de un Tribunal de Disciplina Judicial y de un órgano de administración judicial con independencia técnica, de gestión y para emitir sus resoluciones, conforme a las bases establecidas en esta Constitución para el Poder Judicial de la Federación; así como del ingreso, formación y permanencia de quienes sirvan a los Poderes Judiciales de los Estados.
Los Magistrados integrantes de los Poderes Judiciales Locales, deberán reunir los requisitos señalados por las fracciones I a V del artículo 95 de esta Constitución. No podrán ser Magistrados las personas que hayan ocupado el cargo de Secretario o su equivalente, Procurador de Justicia o Diputado Local, en sus respectivos Estados, durante el año previo al día de la elección.
Las propuestas de candidaturas y la elección de los magistrados y jueces integrantes de los Poderes Judiciales Locales se realizarán conforme a las bases que establece esta Constitución para el Poder Judicial de la Federación y en los términos y modalidades que establezcan las Constituciones locales respectivas, garantizando mecanismos transparentes y paritarios de elección. Las candidaturas se harán preferentemente entre aquellas personas que hayan prestado sus servicios con eficiencia y probidad en la administración de justicia o que lo merezcan por su honorabilidad, competencia y antecedentes en otras ramas de la profesión jurídica".

Distrito y las Magistradas y Magistrados del Tribunal de Disciplina Judicial serán elegidos de manera directa y secreta por la ciudadanía el primer domingo de junio en las elecciones ordinarias del año que corresponda, conforme a las bases siguientes:

I. Para el caso de Ministras y Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la elección se realizará a nivel nacional observando el siguiente procedimiento:

a) El Senado de la República emitirá la convocatoria para la integración del listado de candidaturas el día que se instale el primer periodo de sesiones ordinarias del año anterior al de la elección que corresponda, el cual contendrá las etapas completas del procedimiento, sus fechas y plazos improrrogables;
b) El Poder Ejecutivo postulará de manera paritaria por conducto de la persona titular de la Presidencia de la República hasta diez personas aspirantes; el Poder Legislativo postulará hasta cinco personas por cada Cámara mediante votación calificada de dos tercios de sus integrantes presentes, y el Poder Judicial de la Federación, por conducto del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, postulará hasta diez personas por mayoría de seis votos;
c) El Senado de la República recibirá las postulaciones, verificará que las candidaturas propuestas cumplan los requisitos de elegibilidad establecidos en esta Constitución y en las leyes, y remitirá el listado al Instituto Nacional de Elecciones y Consultas antes de que concluya el año anterior al de la elección que corresponda, a efectos de que organice el proceso electivo. Los Poderes de la Unión que no remitan sus postulaciones al término del plazo previsto en la convocatoria respectiva no podrán hacerlo posteriormente, y
d) El Instituto Nacional de Elecciones y Consultas efectuará los cómputos de la elección y los comunicará al Senado de la República, que de inmediato realizará y publicará la suma, y enviará los resultados a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la cual resolverá las impugnaciones, calificará el proceso y declarará sus resultados antes de que el Senado de la República instale el primer periodo ordinario de sesiones

del año de la elección que corresponda, fecha en que las personas aspirantes electas tomarán protesta de su encargo ante dicho órgano legislativo.

II. Para el caso de Magistradas y Magistrados de Circuito, así como Juezas y Jueces de Distrito, la elección se realizará por circuito judicial bajo las modalidades que señale la legislación electoral y conforme al procedimiento establecido en la fracción anterior. Cada uno de los Poderes de la Unión postulará hasta dos personas de manera paritaria para cada cargo: el Poder Ejecutivo lo hará por conducto de su titular; el Poder Legislativo postulará una persona por cada Cámara mediante votación de dos terceras partes de sus integrantes presentes, y el Poder Judicial de la Federación, por conducto del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con mayoría de seis votos.

Para la emisión de la convocatoria, el órgano de administración judicial remitirá al Senado de la República un listado que señale el número de vacantes a cubrir, la materia y el circuito judicial respectivo.

Las Magistradas y Magistrados de Circuito, así como las Juezas y Jueces de Distrito, durarán en su encargo nueve años y podrán participar para ser reelectos cada vez que concluya su periodo.

Los Poderes de la Unión procurarán que sus postulaciones recaigan en personas hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la procuración o impartición de justicia, o bien, que se hayan distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica.

Durante el lapso legal de campaña, las personas candidatas a Ministra o Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Magistrada o Magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y Magistrada o Magistrado del Tribunal de Disciplina Judicial, tendrán derecho de acceso a radio y televisión de manera igualitaria, conforme a la distribución del tiempo que determine el Instituto Nacional de Elecciones y Consultas. Podrán, además, participar en foros de debate organizados por el propio Instituto dentro de los tiempos oficiales o en aquéllos brindados gratuitamente por algún medio de comunicación bajo el principio de equidad.

Para todos los cargos de elección dentro del Poder Judicial de la Federación estará prohibido el financiamiento público o privado de sus campañas, así como la contratación por sí o por interpósita persona de espacios en radio y televisión para promocionar candidatas y candidatos. Los partidos políticos no podrán realizar actos de proselitismo a favor o en contra de candidatura alguna.

> La ley establecerá la forma y duración de las campañas para los cargos de mando del Poder Judicial de la Federación. En ningún caso habrá etapa de precampaña.

El esquema propuesto para elegir por voto popular a ministras y ministros de la Suprema Corte tiene una primera característica que hay que destacar: el control de los órganos políticos en diferentes etapas del proceso. Así, por ejemplo, el Senado jugaría un papel fundamental y sería el encargado de emitir la convocatoria para las elecciones, determinar si las candidaturas cumplen con los requisitos de elegibilidad, así como hacer la "suma" de los cómputos de las elecciones. Se trata, en ese sentido, de una propuesta que representaría un retroceso histórico desde la perspectiva de la evolución del sistema electoral, pues implicaría otorgar a autoridades políticas funciones que, por fortuna, en la actualidad realizan órganos autónomos para otro tipo de elecciones.

En segundo lugar, vale la pena destacar que el Plan C judicial propone un modelo por demás cerrado y restrictivo para la postulación de las candidaturas para la Suprema Corte y demás cargos electivos del poder judicial federal. De acuerdo con la iniciativa presidencial, el titular del poder ejecutivo federal podría postular hasta diez candidaturas; el poder legislativo, hasta otras diez (cinco la Cámara de Diputados y cinco el Senado de la República); y, el judicial, a través de la Suprema Corte, un igual número. Como puede verse, estamos frente a una iniciativa de reforma que permitiría que fueran los poderes —y no la ciudadanía— quien decida finalmente quién puede aspirar o no a un cargo judicial. Es falso, por tanto, que el Plan C busque que en el poder judicial federal esté representada "la pluralidad cultural, social e ideológica que conforman la nación". Lo que en realidad quiere la iniciativa presidencial es que a la Suprema Corte y al resto de los órganos jurisdiccionales solo puedan acceder quienes cuenten con el respaldo de las mayorías partidistas del momento.

En tercer lugar, me interesa enfatizar que la iniciativa tiene la pretensión explícita de realizar una auténtica purga de quienes hoy desempeñan los principales cargos judiciales del país. Esta purga está contemplada en los artículos segundo, cuarto,[6] y octa-

[6] El artículo cuarto transitorio propuesto por el presidente López Obrador pretende regular, en la parte que más interesa, la destitución de las y los actuales

vo[7] transitorios del decreto propuesto. De nuevo, por cuestiones de espacio, así como por la similitud que guardan las propuestas, me concentro exclusivamente en la forma en que la iniciativa presidencial propone destituir a quienes actualmente forman parte del grueso de los órganos del Poder Judicial de la Federación. En ese sentido, el artículo segundo transitorio de decreto propuesto establece lo siguiente:

> Las Ministras y Ministros [sic] la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las Magistradas y Magistrados de Circuito, las Juezas y Jueces de Distrito, las Magistradas y Magistrados de la Sala Superior y salas regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y las Consejeras y Consejeros de la Judicatura Federal que se encuentren en funciones a la entrada en vigor del presente Decreto, concluirán su encargo en la fecha que tomen protesta las personas servidoras públicas que emanen de la elección extraordinaria que se celebre, conforme a las disposiciones transitorias aplicables del presente Decreto.
>
> El Senado de la República, por única ocasión, tendrá un plazo de treinta días naturales posteriores a la entrada en vigor del presente Decreto para emitir la convocatoria para integrar el listado de las personas aspirantes que participen en la elección extraordinaria para renovar los cargos de mando del Poder Judicial de la Federación señalados en el párrafo anterior. Los Poderes de la Unión postularán al número de personas aspirantes a los que tengan derecho, en los términos previstos en los artículos 96, 99 y 100 de este Decreto, y verificará que las postulaciones cumplan los requisitos de elegibilidad aplicables a cada cargo. Una vez que el Pleno del Senado apruebe el dictamen de elegibilidad correspondiente por mayoría simple de votos de sus integrantes presentes, remitirá los listados respectivos al organismo público electoral a que se refiere

magistrados de las salas del TEPJF: "Las Magistradas y Magistrados de la Sala Superior y salas regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación que se encuentren en funciones a la entrada en vigor del presente Decreto, concluirán su encargo cuando tomen protesta las personas servidoras públicas que emanen de la elección extraordinaria que se celebre para tal efecto conforme al artículo Segundo transitorio del presente Decreto".

[7] La propuesta incluye un artículo octavo transitorio en los siguientes términos: "El Congreso de la Unión y las Legislaturas de las entidades federativas tendrán un plazo de ciento ochenta días naturales a partir de la entrada en vigor del presente Decreto para realizar las adecuaciones a las leyes federales y constituciones locales que correspondan para dar cumplimiento al mismo. Entre tanto, se aplicarán en lo conducente de manera directa las disposiciones constitucionales en la materia".

> el Apartado A de la fracción V del párrafo tercero del artículo 41 constitucional, el cual deberá organizar, convocar y realizar el proceso electivo extraordinario en un plazo no mayor a un año contado a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Decreto.
>
> Una vez concluida la jornada electoral, el organismo público electoral efectuará los cómputos de la elección y los comunicará al Senado de la República, que de inmediato realizará y publicará la suma, y enviará los resultados a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la cual resolverá las impugnaciones, calificará el proceso y declarará sus resultados. Las personas servidoras públicas electas tomarán protesta de su encargo ante el Senado de la República.

Como puede verse, la iniciativa presidencial propone que en un plazo no mayor a un año se realicen elecciones extraordinarias, de tal forma en que cesen en sus funciones todas las y los ministros, magistrados de circuito, jueces de distrito y magistrados electorales que actualmente están en funciones. En este aspecto, la lógica electoral es por demás clara. Si consideramos que Morena y sus aliados son, por mucho, la coalición con mayor fuerza electoral en la actualidad, amén de que controlan y es altamente probable que sigan controlando tanto el Ejecutivo como el Legislativo, no es difícil ver cómo, en menos de dos años, el obradorismo podría controlar a prácticamente a todos los poderes judiciales del país.

Referencias

Caballero Juárez, José Antonio, *La reforma judicial de 2021. ¿Hacia dónde va la justicia?*, México, IIJ-UNAM, 2021.

Ejecutivo Federal, "Iniciativa con proyecto de decreto, por el que se reforman y adicionan diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Guardia Nacional", *Gaceta Parlamentaria*, año XXVII, núm. 6457, 5 de febrero de 2024.

Ejecutivo Federal, "Iniciativa con proyecto de decreto, por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia electoral", *Gaceta Parlamentaria*, año XXVII, núm. 6457, 5 de febrero de 2024.

Ejecutivo Federal, "Iniciativa con proyecto de decreto, por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de distin-

tos ordenamientos, en materia de simplificación orgánica", *Gaceta Parlamentaria*, año XXVII, núm. 6457, 5 de febrero de 2024.

Ejecutivo Federal, "Iniciativa con proyecto de decreto, por el que se adicionan diversas disposiciones a los artículos 4o. y 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de protección de la salud por el uso de sustancias tóxicas" *Gaceta Parlamentaria*, año XXVII, núm. 6457, 5 de febrero de 2024.

Ejecutivo Federal, "Iniciativa con proyecto de decreto, por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma del Poder Judicial", *Gaceta Parlamentaria*, año XXVII, núm. 6457, 5 de febrero de 2024.

Garza Onofre, Juan Jesús; López Noriega, Saúl; y Martín Reyes, Javier, "¿Qué propone la iniciativa de reforma judicial de AMLO y Zaldívar?", *Nexos. El Juego de la Suprema Corte*, 13 de febrero de 2020.

López Obrador, Andrés Manuel, "Discurso del presidente Andrés Manuel López Obrador en la presentación de Iniciativas de reforma a la Constitución", *Sitio Oficial de Andrés Manuel López Obrador*, 5 de febrero de 2024.

Forbes, "Apoyo de la oposición a reforma de pensiones es 'desesperación electoral': AMLO", 1 de febrero de 2024.

Martín Reyes, Javier, "En el juego de la designación de ministros, el presidente siempre gana", *Nexos. El Juego de la Suprema Corte*, 7 de abril de 2015.

Martín Reyes, Javier, "Ni imparcialidad ni mérito. Designación de magistraturas del Tribunal Electoral", en Concha Cantú, Hugo Alejandro, y Garza Onofre, Juan Jesús, *Repensar el Tribunal Electoral. Propuestas para su reforma*, México, TEPJF, 2022.

Martín Reyes, Javier, "La elección popular de los poderes judiciales en México: breve radiografía del 'Plan C'", en López Ayllón, Sergio; Orozco Henríquez, José de Jesús; Salazar Ugarte, Pedro; y Valadés, Diego, *Análisis técnico de las 20 iniciativas de reformas constitucionales y legales presentadas por el presidente de la República (febrero 5, 2024)*, México, IIJ-UNAM.

Salmorán Villar, Guadalupe, "Elección (im)popular de jueces", *El Universal*, 21 de febrero de 2024.

Un esquema para el estudio de los límites de la "política del tiempo" en la jurisdicción constitucional española[1]

***

A framework for studying the limits of the "politics of time" in Spanish constitutional jurisdiction

*Ángel Rodríguez**

Resumen: en la ponencia se define la "política del tiempo" en la jurisdicción constitucional y se analizan algunos ejemplos de sus principales manifestaciones tomadas de la práctica del Tribunal Constitucional español. Además, se propone un modo de construir un parámetro normativo que pueda limitar el uso discrecional del tiempo por los tribunales constitucionales.

* Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga (UMA), España *angel.rodriguez@uma.es*

1 Ponencia presentada al *XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI. Homenaje a la Constitución Federal de 1824*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 21 al 25 de octubre de 2024. Este trabajo forma parte del proyecto de investigación "La génesis de nuevos derechos fundamentales en el constitucionalismo global (IUSGÉNESIS)", financiado por el Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020, Convocatoria 2021, Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía ProyExcel_00457) y por la Agencia Española de Investigación (PID2021-126875OB-I00R – FEDER).

Abstract: the purpose of the presentation is to define "the politics of time" within constitutional adjudication as exemplified by the practice of the Spanish Constitutional Court. In addition, a normative parameter is suggested for limiting the discretionary use of time by constitutional courts.

Palabras clave: jurisdicción constitucional, uso del tiempo en la jurisdicción constitucional, límites de actuación de los tribunales constitucionales.

Keywords: constitutional adjudication, the use of time in constitutional adjudication, limits of the functioning of constitutional courts.

Sumario: I. Introducción. II. La "política del tiempo" en la jurisdicción constitucional. III. El uso del tiempo por el Tribunal Constitucional español: una perspectiva cronológica. IV. El Tribunal se toma su tiempo. V. La Constitución actualizada en el tiempo. VI. El tiempo en el cumplimiento de las sentencias. VII. Los límites de la política del tiempo en el ejercicio de la jurisdicción constitucional: un esquema tripartito. VIII. Límites al control de la agenda jurisdiccional. IX. Límites a la interpretación evolutiva de la Constitución. X. Límites a la posposición de los efectos de las sentencias constitucionales. Referencias.

I. Introducción

El objeto de esta ponencia es triple. En primer lugar, esbozar una idea de lo que, con cierta licencia, hemos denominado la "política del tiempo" en la jurisdicción constitucional. En segundo lugar, delinear cuáles podrían ser sus principales manifestaciones, o al menos algunas de ellas, tomando algunos ejemplos de la práctica del Tribunal Constitucional español. En tercer lugar, diseñar cuáles podrían ser sus límites.

Quizá no sea necesario añadir que de lo que se va a hablar es de una investigación en curso, o, como ahora se dice, de un *work in progress*. Si la presentación de cualquier trabajo en un congreso académico se hace siempre con la esperanza de ser enriquecido por el debate entre colegas, en este caso esa retroali-

mentación es aún más necesaria. Gracias, pues, anticipadamente, por las observaciones.

II. La "política del tiempo" en la jurisdicción constitucional

La relación entre el derecho y el tiempo ha sido un objeto clásico de estudio tanto para los cultivadores de las distintas disciplinas jurídicas, cada uno en su campo, como, desde una perspectiva más amplia, para los teóricos y los filósofos del derecho. El transcurso del tiempo produce efectos jurídicos de la más variada naturaleza. Por ejemplo, la preclusión de plazos, la caducidad de acciones o la prescripción de delitos; además, las normas despliegan diferentes efectos en función del tiempo en el que deben ser aplicadas, pudiendo en algunos casos incidir sobre hechos anteriores a su aprobación (retroactividad) o posteriores a su pérdida de vigencia (ultractividad). Y no hay norma que, al momento de nacer, no intente disciplinar cómo se desplegarán sus efectos en el tiempo, mediante disposiciones de derecho transitorio o regulando plazos más o menos prolongados de *vacatio legis*. De hecho, ninguna disciplina jurídica se resiste a incluir, dentro de su respectiva parte general, reflexiones sobre la incidencia del tiempo en sus postulados, con planteamientos que en ocasiones van en sentidos contrapuestos según estemos en una u otra rama del ordenamiento: piénsese, por ejemplo, en la aplicación de la norma más favorable en el campo del derecho penal frente al principio *tempus regit actum* que se aplica en el derecho procesal.

El paso del tiempo también juega un papel muy relevante en la actividad de los tribunales de justicia. En algunas ocasiones, se trata de un tiempo reglado, indisponible para los jueces o las partes, aunque esas reglas no están siempre exentas de incumplimiento. En otras, sin embargo, unos y otros están habilitados para hacer del tiempo el uso que estimen más conveniente. Además, los tribunales pueden también disponer de muy diversas maneras sobre el modo en el que sus resoluciones desplegarán sus efectos en el tiempo, tanto retrospectivamente como hacia el futuro.

Esas distintas posibilidades del uso del tiempo están presentes también, con sus particularidades propias, en los tribunales constitucionales. La hipótesis principal de esta investigación consiste en incluir el uso del tiempo dentro del "estilo" de una determinada jurisdicción constitucional. Entendemos el concepto de estilo de una jurisdicción constitucional como el conjunto de reglas, instituciones y prácticas que caracterizan su funcionamiento y permiten compararla con otras. Se trata de una herramienta conceptual que pretende ir más allá de la idea de "modelos", que generalmente se agota en la definición de un número reducido de tipos ideales diferenciados. Por el contrario, el concepto de "estilo" pretende adentrarse con mayor profundidad en las características concretas de los tribunales que se incluyen en cada uno de los modelos, permitiendo así una comparación más completa entre sus modos de funcionar.[2]

El uso del tiempo que se hace en cada jurisdicción constitucional podría ser considerado un elemento más de su estilo de funcionamiento. Cuando a las diferentes manifestaciones del uso del tiempo en el ejercicio de sus funciones por un determinado Tribunal Constitucional se le pueden atribuir características comunes puede hablarse de una determinada "política del tiempo" de ese tribunal. Es esta la hipótesis que se aplicará a los diferentes usos del tiempo que lleva a cabo el Tribunal Constitucional español (en adelante, TC o "el Tribunal").

---

[2] De modo que se puede estudiar, y comparar, en su conjunto, toda la actividad que despliegan los tribunales constitucionales, desde la forma de redactar sus sentencias a su relación con el contexto histórico, político y judicial, su mayor o menor activismo, etc. Ver Tega, Dileta, *La corte nel contesto. Percorsi di 'ri-accentramento' della giustizia costituzionale in Italia,* Bologna, Bologna University Press, 2020. También Bogdandy, Armin von y Paris, Davide, "La construcción de la autoridad judicial: una comparación entre el Tribunal Constitucional italiano y el Tribunal Constitucional Federal alemán", *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 43, 2019, pp. 5-24; Pegoraro, Lucio, "Control jurisdiccional vs. control político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 23, 2019, pp.43-86; Ragone, Sabrina y Ruiz Tarrías, Susana, "'Supremacismo judicial' al estilo alemán: la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el programa de compras de bonos en mercados secundarios", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 24, 2020, pp. 421-448.

III. El uso del tiempo por el Tribunal Constitucional español: una perspectiva cronológica

Una buena manera de adentrarse en el uso del tiempo por parte del TC es analizar la incidencia del tiempo en el desempeño de sus funciones adoptando, precisamente, una perspectiva cronológica. Es decir, estudiando la relevancia del tiempo en tres momentos sucesivos: antes, durante y después de que el Tribunal enjuicie un asunto y emita una resolución. Antes, estudiando el tiempo que transcurre desde que se inicia un procedimiento ante el Tribunal hasta que decide resolver el litigio; durante, analizando el uso que hace del paso del tiempo en la interpretación de la norma que se usa como parámetro de constitucionalidad, en nuestro caso la Constitución Española (en adelante, CE o "la Constitución"); y después, examinando los efectos temporales que el Tribunal puede atribuir a sus resoluciones.

Con el primero de esos momentos, atendemos al modo en que el TC puede, en determinados asuntos, optar por acelerar el ritmo para adoptar una resolución, o bien, por el contrario, decidir ralentizarlos. Se trata de analizar las posibilidades de ejercer el control sobre su propia agenda jurisdiccional. Hay que tener en cuenta que, en el caso del TC, está generalizado el incumplimiento de los plazos establecidos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) para resolver los asuntos: son plazos que, en la práctica, no se han cumplido nunca. También está generalizado el incumplimiento de las reglas previstas para prorrogarlos.[3]

[3] La LOTC establece, en diversas disposiciones, el plazo que debe regir en cada uno de los procesos constitucionales que pueden interponerse ante el TC cuando este termina mediante una sentencia. Así, por ejemplo, en el caso del recurso de inconstitucionalidad, dice la Ley, ese plazo no podrá exceder los 30 días desde que termine el de presentación de alegaciones, y ello solo si el propio Tribunal, en escrito motivado, razona por qué necesita de un plazo mayor que el ordinario, que la propia norma establece en 10 días (art. 34.2 LOTC). Un plazo casi idéntico (ordinario de 15 días, prorrogable por no más de 30) se establece para las cuestiones de inconstitucionalidad (art. 37.3 LOTC). Y uno de 10 días, si bien desde la fecha señalada para la vista o deliberación del Tribunal (que carece sin embargo de plazo) es el que se establece para los recursos de amparo (art. 52.3 LOTC). Ninguna de estas normas se cumple, ni siquiera por aproximación, en la gran mayoría (la práctica totalidad, en realidad) de los procesos cons-

El segundo momento es el del estudio del paso del tiempo como factor relevante para interpretar la norma constitucional, un recurso que el TC ya ha empleado en varias ocasiones, usando la metáfora de la constitución como un "árbol vivo" para defender una "interpretación evolutiva" de la CE.

Para delimitar el tercer momento en el que estudiaremos el uso del tiempo por parte del TC hay que precisar que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales tienen siempre una proyección en el tiempo en la medida en que sientan jurisprudencia, pues establecen un precedente que deberá ser tenido en cuenta a partir de entonces. Pero no es el estudio de la proyección en el tiempo de la doctrina jurisprudencial lo que ahora interesa, sino otro tipo de dimensión temporal de sus resoluciones: la que tiene lugar cuando se posponen sus propias consecuencias, al diferir determinados efectos a un momento posterior al del fallo. Es decir, cuando se otorga un determinado plazo de tiempo para que se dé cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia.

Estos tres momentos sucesivos son las tres manifestaciones distintas del uso del tiempo por parte del TC que creemos deben incluirse en el "estilo" con el que lleva a cabo sus funciones. Las tres, tomadas en su conjunto, permiten definir una determinada política del tiempo en el Tribunal. Se entenderá mejor lo que queremos decir con los siguientes ejemplos.

IV. El Tribunal se toma su tiempo

El 2 de febrero de 1983, el mismo día de su aprobación, entró en vigor el Real Decreto Ley 2/1983, por el que el Gobierno español ordenó la expropiación del holding de empresas RUMASA. Por primera vez desde la entrada en vigor de la Constitución, se usaba un Decreto Ley para llevar a cabo, con carácter singular,

titucionales. Se trata, como parece evidente, de normas a las que el propio Tribunal Constitucional no se siente en absoluto vinculado, pues nunca ha pretendido justificar, ni siquiera mediante escritos genéricos o fórmulas rituales, su falta de observancia. Son, más bien, normas en desuso, que adquirieron ese carácter hace ya tiempo, desde prácticamente el comienzo de funcionamiento del TC.

una expropiación forzosa. Apenas una semana después, el 1 de marzo (un día antes de que fuera convalidado por el Congreso), cincuenta diputados de la oposición presentaron contra el Decreto Ley un recurso de inconstitucionalidad.

A finales de ese mismo año, el pleno del Tribunal se encontraba deliberando sobre el particular. Lo había hecho ya en varias ocasiones, sin conseguir llegar a un acuerdo sobre la constitucionalidad de la expropiación. En un momento de aquella sesión, su presidente, Manuel García Pelayo, interrumpió la deliberación para anunciar que consideraba que el asunto se encontraba suficientemente debatido y que se pasaba a la votación. El 2 de diciembre de 1983, justo a los nueve meses de la presentación del recurso, se hacía pública la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 111/1983,[4] en la que el Tribunal declaraba no inconstitucional la expropiación por seis votos a favor, incluyendo el voto de calidad del presidente, pero con seis votos particulares discrepantes. Ha sido una de las pocas sentencias en toda la historia del Tribunal en la que el presidente ha tenido que deshacer el empate en el Pleno, y sin duda la que originó su primera gran crisis. Casi cuarenta años después, Francisco Rubio Llorente relató así el estupor que compartió con otro de los magistrados presentes, Francisco Tomás y Valiente, cuando escuchó a García Pelayo anunciar por sorpresa el final de la deliberación: "Paco y yo nos cruzamos una mirada de desolación porque teníamos conciencia de que una votación en ese instante dividía al Tribunal, como efectivamente fue".

Las palabras de Rubio, uno de los magistrados que estaba en ese momento intentando encontrar una fórmula de compromiso que evitara que el Tribunal se partiera en dos, y que albergaba aún durante ese pleno "alguna esperanza de conseguirlo", sugieren que habría sido posible llegar a un mayor acuerdo entre los magistrados si el Tribunal hubiera podido disponer de más tiempo antes de decidir.[5]

---

4 STC 111/1983, de 2 de diciembre de 1983, Boletín Oficial del Estado (BOE) de 14 de diciembre.

5 Recogido en Beltrán de Felipe, Miguel y Sarmiento, Daniel (eds.), *Un tribunal para la Constitución*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2017, pp. 37-69.

No obstante, también es cierto que no siempre existe una correlación entre el tiempo que se dedica a la deliberación y el grado de consenso que alcanza el Tribunal. Las vicisitudes del control de constitucionalidad de las sucesivas reformas en la despenalización del aborto en España pueden ilustrar esta cuestión.

La constitucionalidad de la interrupción voluntaria del embarazo fue resuelta por primera vez mediante la STC 53/1985,[6] en la que un Tribunal dividido resolvió, gracias de nuevo al voto de calidad del presidente, el recurso previo de inconstitucionalidad contra el texto definitivo del proyecto de Ley Orgánica que unos meses antes había despenalizado parcialmente el aborto, reformando el artículo 417 bis del Código Penal e introduciendo algunos supuestos en los que la interrupción del embarazo no resultaba punible. La sentencia, que declaró que el proyecto de Ley Orgánica era disconforme con la Constitución, contó también con los votos particulares de la mitad de los magistrados integrantes del Pleno. Un cuarto de siglo después tuvo lugar la segunda despenalización del aborto, gracias a la reforma introducida por la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva, que introdujo la posibilidad de abortar libremente en las catorce primeras semanas de gestación. La Ley fue también recurrida en inconstitucionalidad por cincuenta diputados de la oposición, pero esta vez el Tribunal se tomó mucho más tiempo para llegar a una decisión sobre su alegada inconstitucionalidad: la rechazó mediante la STC 44/2023,[7] más de trece años después de la interposición del recurso. Sin embargo, la gran diferencia entre el tiempo empleado por el Tribunal para decidir la primera y la segunda sentencia sobre la despenalización del aborto (un año y medio frente a más de trece) no ayudó mucho a alcanzar una decisión consensuada: en 2023 fueron cinco, solo uno menos que en la sentencia de 1985, los votos particulares que acompañaron al fallo del Tribunal.

El Tribunal también se ha dividido en ocasiones en las que ha decidido, en sentido contrario, acelerar sus decisiones. Por ejemplo, cuando decidió adoptar medidas cautelarísimas, *inaudi-*

6 STC 53/1985, de 11 de abril de 1985, BOE de 11 de mayo.

7 STC 44/2023, de 9 de mayo de 2023, BOE de 12 de junio.

ta parte, para suspender la tramitación en el Congreso de los Diputados de una proposición de Ley Orgánica de transposición de varias directivas europeas que incluía enmiendas no homogéneas con el contenido de la iniciativa y que pretendían la modificación de otras dos leyes orgánicas de contenido muy distinto, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. La resolución, adoptada mediante el Auto 177/2022,[8] se tomó solo cinco días después de interpuesto el recurso de amparo de los diputados de la oposición que se quejaban de la vulneración de su *ius in officium* por la introducción extemporánea de las enmiendas, que nada tenían que ver con la transposición de las directivas europeas. Fue adoptada en un Pleno que contó con cinco votos particulares discrepantes. La división en el seno del Tribunal no fue óbice para tomar una decisión con carácter casi inmediato.

V. La Constitución actualizada en el tiempo

¿Debería el TC disponer discrecionalmente del tiempo que considerara necesario para resolver un litigio en aras de hacerlo con el mayor acuerdo posible entre sus magistrados? En todo caso, ralentizar o no la toma de decisiones controvertidas, con el argumento de que es conveniente tener más tiempo para deliberar si se quiere alcanzar un mayor consenso, no es el único modo en el que se usa el tiempo en la jurisdicción constitucional. Hay otra modalidad probablemente más importante y con seguridad más conocida: tomar el paso del tiempo como un elemento más a la hora de interpretar el propio texto constitucional.

El debate sobre si la jurisdicción constitucional tiene que limitarse a una mera interpretación de la Constitución o debe, además, actualizarla, se ha hecho clásico en Estados Unidos, donde la doctrina y la práctica judicial se enfrentan a una Constitución aprobada a finales del siglo xviii que debe ser aplicada en el xxi.[9]

[8] ATC 177/2022, de 19 de diciembre de 2022, BOE de 20 de enero de 2023.

[9] Como se sabe, una de las más brillantes defensas del originalismo (o del textualismo, como él prefería decir) se debió a la acerada pluma del juez Antonin Scalia, para quien "es poco útil tener una Constitución escrita si la

La polémica entre originalistas y partidarios de la *living Constitution* no es, sin embargo, privativa de los sistemas políticos con constituciones antiguas. También puede apreciarse, por ejemplo, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el órgano judicial que actúa como máximo intérprete de un texto cuasi constitucional, la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). La Convención se aprobó en 1950 y ya menos de treinta años después el TEDH había entendido que debía ser interpretada como un *living instrument*, de modo que el propio Tribunal pudiera actualizarla en el tiempo. Se trata de una orientación jurisprudencial que desde su formulación no ha hecho sino afianzarse y que hoy puede considerarse plenamente consolidada.[10]

También el TC ha usado en varias ocasiones la metáfora del *árbol vivo* para defender una *interpretación evolutiva* de la CE. Para el TC, la interpretación evolutiva de la Constitución permite acomodarla "a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad [...] a riesgo, en caso

aplicación de su texto es tan indistinguible de la poesía". Sus tesis pueden leerse en castellano en Scalia, Antonin, *Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el Derecho*, trad. de Villa Rosas, Gonzalo, Lima, Palestra, 2015, (la cita anterior, en la p. 227). En el mismo volumen, las críticas de autores no menos brillantes como Lawrence Tribe (para el que el textualismo de Scalia supone una concepción de la Constitución que encarna "una foto descolorida de una época pasada", p. 155) o Ronald Dworkin (que defiende el término "constitución viviente" para lo que Scalia había definido como "constitución mutante" o "constitución camaleónica" p.195).

10 La línea jurisprudencial basada en concebir la CEDH como un "instrumento vivo" se inició en la STEDH *Tyrer contra Reino Unido* (1978) y se ha aplicado desde entonces en múltiples ocasiones. Una de las más recientes, en la STEDH *Verein Klimaseniorinnen Schweiz vs. Suiza* (2024), que ha alcanzado una gran celebridad. En esta sentencia, después de recordar una vez más que "the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions, and in accordance with developments in international law, so as to reflect the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights" (§434), el TEDH ha establecido que el art. 8 CEDH, que protege el derecho a la vida privada, puede ser vulnerado por un Estado que no luche eficientemente contra el cambio climático. En su opinión parcialmente disidente, el juez Eicke afirmó: "the majority in this case has gone well beyond what I consider to be, as a matter of international law, the permissible limits of evolutive interpretation" (§3).

contrario, de convertirse en letra muerta". Esa afirmación le permitió, en la STC 198/2012,[11] declarar compatible el *dictum* del artículo 32 CE ("el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio [...]") con la reforma del Código Civil que en 2005 estableció el matrimonio entre personas del mismo sexo. La misma doctrina fue aplicada años más tarde, al declarar conforme a la Constitución la eutanasia, regulada por la Ley Orgánica 3/2021. En esta ocasión, la interpretación evolutiva llevó al Tribunal a establecer, en la STC 19/2023, que la Constitución no acoge "una concepción del derecho a la vida y de la protección del bien vida desconectada de la voluntad de su titular y, por ende, indiferente a sus decisiones sobre cómo y cuándo morir".[12]

La STC 44/2023, la segunda sentencia sobre el aborto, antes citada, es un caso particular, pues en ella el TC aplicó simultáneamente las dos modalidades de uso discrecional del tiempo a la que nos estamos refiriendo: primero dejó pasar más de trece años antes de resolver y después no dudó en incluir en su argumentación que el tiempo transcurrido (incluyendo el que el propio Tribunal había dejado transcurrir) aconsejaba un interpretación actualizada de su doctrina sobre la vida humana en gestación como valor constitucionalmente protegido.

VI. El tiempo en el cumplimiento de las sentencias

No acaban aquí las posibilidades que tienen los tribunales constitucionales de usar el tiempo a la hora de llevar a cabo sus funciones. Además de tomarse el tiempo que consideren necesario para emitir sentencias o aducir que el paso del tiempo les permite actualizar los textos constitucionales que están llamados a interpretar, pueden también decidir según su criterio cuál será la eficacia temporal de sus propias resoluciones.

En realidad, todas las sentencias de los órganos jurisdiccionales tienen siempre una proyección en el tiempo en la medida en

[11] STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, BOE de 28 de noviembre, Fundamento Jurídico (FJ) 9º.

[12] STC 19/2023, de 22 de marzo de 2023, BOE de 25 de abril, FJ 6º.

que sientan jurisprudencia. Pero, además del valor *pro futuro* que cabe otorgar a la doctrina jurisprudencial, existe otra posibilidad de proyección temporal en las resoluciones de los tribunales: la que tiene lugar cuando se posponen sus consecuencias, al diferir determinados efectos a un momento posterior al del fallo. En esas ocasiones, el propio tribunal decide otorgar un determinado plazo de tiempo para dar cumplimiento a lo dispuesto en su sentencia.

La posibilidad de postergar los efectos del fallo, incluso supeditándolos al cumplimiento de una determinada condición, es una práctica que no es en absoluto desconocida en el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Puede considerarse como la última fase —por ahora— de las denominadas "sentencias interpretativas" de los tribunales constitucionales, una categoría cada vez más compleja por los muy variados tipos de resoluciones que puede albergar en su seno, y que si originariamente se justificaban en una actitud deferente hacia el legislador hoy en día están más cercanas al activismo judicial que al prudente *self-restraint* del que fueron muestra en sus primeros momentos.

Esta práctica también se da en la jurisdicción constitucional española. Ese fue el caso, por ejemplo, de la STC 151/2017,[13] en el que el TC declaró inconstitucional una norma, en esa ocasión el artículo 197.1.a) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG), que establecía reglas para calcular el quórum necesario para la presentación de una moción de censura al alcalde. El Tribunal consideró que su nulidad produciría un vacío normativo por la "ausencia de un régimen jurídico alternativo y respetuoso con la Constitución" de la cuestión litigiosa. Y, por esta razón pospuso la nulidad de la norma inconstitucional un año y medio, hasta la convocatoria de unas nuevas elecciones locales. Pretendía con ello dar una oportunidad al legislador para que durante ese período de tiempo sustituyera la norma declarada inconstitucional y colmara el vacío normativo que iba a provocar su nulidad. El legislador, sin embargo, desatendió esa llamada y no reformó la LOREG antes de la siguiente convocatoria electoral.[14]

[13] STC 151/2017, de 21 de diciembre de 2017, BOE de 17 de enero de 2018.

[14] Hoy en día, la Ley Orgánica del Régimen Electoral General sigue sin ser reformada en este punto.

En definitiva, puede afirmarse que, al igual que ocurre en otros tribunales constitucionales, son varias las posibilidades que tiene el TC de hacer un uso discrecional del tiempo en el ejercicio de su jurisdicción. Se trata de ocasiones en las que el Tribunal decide si se tomará más o menos tiempo que de ordinario para resolver un litigio constitucional (sobre todo si es especialmente controvertido), si el paso del tiempo exige actualizar el sentido de disposiciones constitucionales que resultan de aplicación al litigio o si conviene postergar en el tiempo los efectos del fallo que lo resuelven.

Como se adelantó, los ejemplos citados sugieren que el uso del tiempo puede ser relevante para el desempeño de las funciones de los tribunales constitucionales en tres momentos sucesivos: antes, durante y después de que enjuicien un asunto y emitan una resolución. Antes, decidiendo el tiempo que emplearán para deliberar; durante, aplicando el paso del tiempo para la interpretación de la norma constitucional que usan como parámetro de su decisión; y después, decidiendo sobre los efectos temporales que atribuirán a sus resoluciones.

VII. Los límites de la política del tiempo en el ejercicio de la jurisdicción constitucional: un parámetro tripartito

¿Hasta qué punto deben ser los tribunales constitucionales "dueños del tiempo" en los procesos que se sustancian ante ellos? Esta es una pregunta de naturaleza jurídica a la que podría añadirse otra, esta vez de carácter empírico: ¿lo son, en la práctica, como parecen indicar, al menos para el caso del TC, los ejemplos anteriores?

Pues bien, nuestro punto de partida es que los tribunales que ejercen la jurisdicción constitucional deben disfrutar, como de hecho ocurre, de cierta capacidad discrecional para modular el uso que hacen del tiempo en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, sostenemos también que esa capacidad discrecional no debe ser absoluta, sino que se encuentra limitada por el propio modelo de justicia constitucional que puede deducirse de la Constitución.

Sugerir la conveniencia de establecer límites a lo que los tribunales constitucionales pueden o no hacer, en nuestro caso en relación con el uso discrecional del tiempo en el desarrollo de sus actividades, no supone ignorar que, sean cuales sean esos límites, serán los propios tribunales constitucionales los únicos que podrán controlar su aplicación. Sin embargo, pensamos que someter a reglas, en la medida de lo posible, su modo de proceder, aunque sean reglas en ocasiones aprobadas por ellos mismos y aunque sean también siempre ellos los últimos custodios de su observancia, contribuye a fortalecer la legitimidad del tremendo poder del que disponen para anular decisiones del parlamento. No se debe olvidar que la legitimidad de su capacidad para anular las decisiones del legislador democrático se puede seguir viendo, aún hoy, como el "inmenso problema" de la jurisdicción constitucional contemporánea, en la afortunada expresión (*migthy problem*) que Mauro Cappelletti hizo célebre en la década de los 80 del pasado siglo.[15]

Proponemos, por ello, un parámetro jurídico para evaluar la adecuación del uso discrecional del tiempo por parte del TC que sea aplicable a cada uno de los tres momentos procesales que hemos descrito, de manera que en todos ellos el Tribunal deba someterse a ciertos límites. Para diseñarlo usaremos un esquema tripartito, distinguiendo tres elementos en su composición: un elemento ordinario, otro extraordinario y un tercero que actuaría como el límite hasta dónde puede llegar el segundo.[16]

---

15 Cappelletti, Mauro, "The Mighty problem of judicial review and the contribution of comparative analysis", *Southern California Law Review,* núm. 53, 1980, pp. 409-445, dónde lo define como el "problème formidable" de la "democratic legitimacy of relatively unaccountable individuals (the judges) and groups (the judiciary) pouring their own hierarchies of values or 'personal predilections' into the relatively empty boxes of such vague concepts as liberty, equality, reasonableness, fairness, and due process" (p. 409-410). Sobre la vigencia del problema y las transformaciones que ha sufrido desde su formulación original, ver las contribuciones de Joseph H.H. Weiler, Sabino Cassese y Marta Cartabia en el volumen dedicado al legado de Cappelleti del *International Journal of Constitutional Law,* vol. 14, núm. 2, 2016.

16 Como puede verse, se trata de un esquema claramente inspirado en el que se aplica en la teoría de los derechos fundamentales, en la que usualmente se distingue entre el ámbito del derecho, los límites que pueden aplicársele y el contenido esencial como límite de los límites. Ver, al respecto, Bastida

El primer elemento lo componen las pautas normalizadas, por el propio Tribunal y en su caso por el legislador, en la fijación del tiempo necesario para deliberar, en la aplicación del paso del tiempo para actualizar la Constitución y en la posposición temporal de los efectos de sus resoluciones. El segundo elemento lo compondrían las circunstancias materiales y los requisitos formales que justificarían, que en un caso concreto el Tribunal decidiera apartarse, discrecionalmente, de esas pautas. El tercero sería el límite infranqueable de la excepcionalidad.

Tres elementos, el ordinario, el discrecional y el que establece las fronteras de la excepcionalidad, cuya aplicación a cada uno de los tres momentos procesales sucesivos que se han descrito anteriormente permitirá establecer límites a la política del tiempo en el modelo español de justicia constitucional.

VIII. Límites al control de la agenda jurisdiccional

Veamos, en primer lugar, la aplicación de este esquema al primer momento procesal considerado, la práctica seguida por el TC para acelerar o ralentizar la resolución de litigios. El elemento ordinario del parámetro normativo con el que se debe contrastar esa práctica vendría definido por las disposiciones en materia de plazos de la LOTC, aunque, como nos demuestra la práctica, deberán considerarse teniendo en cuenta también otros elementos de nuestro modelo procesal constitucional, como las especialidades de cada tipo de procedimiento, y, junto con ello, el retraso involuntario que produce la acumulación de asuntos y las reformas procesales que se han llevado a cabo para combatirlo.

Según nuestro esquema, frente a ese elemento ordinario del parámetro, el Tribunal podría oponer en determinadas circunstancias, y cumpliendo determinados requisitos formales, un elemento discrecional, en virtud del cual el ritmo normalizado que, en principio, debería seguir el TC en sus actuaciones, podría sufrir aceleraciones o retrasos no involuntarios, es decir, no causa-

Francisco, *et al., Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004.

dos por la acumulación de casos u otros imponderables, sino debidos a la voluntad consciente del propio Tribunal (o de algunos de los magistrados que podrían, en su caso, condicionarla, como el presidente o el ponente designado para el asunto cuyo ritmo temporal se altera).

Las circunstancias justificativas incluyen la búsqueda de un mayor consenso a la hora de extender los plazos o, en sentido contrario, la prioridad que cabe conceder a determinados asuntos para acortarlos, por ejemplo, cuando el TC debe decidir sobre vulneraciones de derechos con personas privadas de libertad. Junto a esas circunstancias habría también que considerar la existencia de requisitos formales para aplicar el elemento discrecional: la necesidad de adoptar decisiones expresas en ese sentido, el papel de los votos particulares o la existencia o no de procedimientos específicos para decidir sobre la alteración del ritmo normalizado.

Finalmente, el límite absoluto e infranqueable para la aplicación del elemento discrecional del parámetro normativo vendría dado por la existencia de dilaciones indebidas. El reconocimiento legal de la posibilidad de dilaciones indebidas ("funcionamiento anormal" en los términos recogidos en la Ley) en el seno del TC es relativamente reciente. Además, se hace solo para dos tipos de procesos constitucionales (los recursos de amparo y las cuestiones de inconstitucionalidad) y exige una previa declaración por parte del propio Tribunal.[17] No obstante, debe suponer un límite infranqueable al control de la agenda jurisdiccional por parte del TC. Siempre que el retraso comporte una dilación indebida estaríamos ante un uso discrecional del tiempo contrario a nuestro modelo de justicia constitucional.[18]

[17] Así se prevé en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuyo art. 32.8 establece que "El Consejo de ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad. El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia al Consejo de Estado".

[18] Sobre las controversias acerca de la aplicación de la categoría de dilaciones indebidas a la jurisprudencia constitucional, véase Ortega Carballo, Carlos, "El derecho fundamental a no padecer dilaciones indebidas", en Arroyo

IX. Límites a la interpretación evolutiva de la Constitución

El segundo momento por considerar para aplicar este mismo tipo de parámetro jurídico tripartito lo constituye la práctica seguida por el TC para actualizar, mediante una interpretación evolutiva, el texto constitucional.

El marco normativo que limita esa facultad vendría también dado por los mismos tres elementos. En primer lugar, hay que aplicar el elemento ordinario, en virtud del cual el TC (y otros operadores jurídicos) deben incluir en toda interpretación de la CE un factor de actualización constitucionalmente debido. Formarían parte de este elemento ordinario del parámetro la existencia de disposiciones constitucionales *open-ended*, cuya interpretación no es posible sin adaptarlas al tiempo en el que se aplican, o la inclusión en el texto constitucional de cláusulas de apertura que obligan a una continua puesta al día de algunos de los apartados de la CE (por ejemplo, el art. 10.2 CE en materia de derechos fundamentales o el art. 93 CE en relación con el derecho de la Unión Europea). Se trata del tipo de actualización de las normas constitucionales que pueden considerarse consecuencia del carácter "evolutivo" de los propios textos constitucionales en la actualidad, entre los que cabe incluir, desde luego, la propia CE.[19]

Según nuestro esquema, junto a ese elemento de actualización constitucional, digamos ordinaria, el Tribunal podría aplicar en determinadas circunstancias, y cumpliendo determinados requisitos formales, un elemento de actualización discrecional cuando entendiera que ha llegado el momento de romper con su doctrina precedente y proceder a otorgar un nuevo sentido,

Jiménez, Luis *et al*. (eds.), *El juez del derecho administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 415-437.

[19] Véase Luhmann, Niklas, *La constitución como logro evolutivo*, trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Tecnos, 2024. Para las características específicas que adquiere la actualización de la constitución en el caso de los textos constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea, ver el epílogo del traductor, en Cruz Villalón, Pedro, "La Constitución (del Estado miembro de la UE) como logro evolutivo", en el volumen citado, pp. XLIX-LXXV.

distinto al normalizado hasta entonces, a una determinada disposición constitucional. En esos casos de actualización discrecional de la CE por parte del TC es preciso exigir, en primer lugar, un requisito formal, es decir, la aplicación de un procedimiento específico para declarar el *overruling* de la doctrina que a partir de ese momento debe considerarse desactualizada.[20] Pero en el modelo español de justicia constitucional, además de la justificación argumental que debe desplegarse en ese tipo de sentencias, la principal circunstancia justificativa que permite al TC abordar la actualización discrecional de la Constitución viene dada por su relación con la actuación previa del legislador. La actualización discrecional de la Constitución por parte del Tribunal solo debería ser posible *secundum legem*, es decir, avalando o completando la decisión que al efecto hayan tomado las Cortes Generales, en la medida en que a ellas también le compete, dentro de su esfera de competencias, la actualización de los postulados constitucionales. Mayores reparos cabe poner al uso discrecional de la interpretación evolutiva de la Constitución cuando se lleva a cabo por el Tribunal *praeter* o *contra legem,* es decir, en ausencia de un pronunciamiento previo del legislador o incluso en contra de lo que haya dispuesto la Ley.

Finalmente, el límite absoluto e infranqueable en la actualización discrecional de la Constitución por parte del Tribunal vendría dado por la imposibilidad de invadir, mediante esa interpretación evolutiva, la materia reservada al poder de reforma constitucional. Será, pues, necesario trazar todo lo nítidamente que sea posible las diferencias entre la capacidad del TC de actualizar las normas constitucionales y el poder de reforma reservado por la CE a las Cortes Generales o a las Cortes con el pueblo. Todo lo que exija la puesta en marcha de los procedimientos previstos en los artículos 166-169 CE estaría excluido de la labor actualizadora del TC.[21]

[20] La única previsión al respecto en la LOTC es la de su art. 13, que contempla el *overrruling* solo para un caso muy concreto, cuando una Sala decide apartarse de los precedentes sentados por el Tribunal, ordenando que en ese caso la decisión sea tomada por el Pleno.

[21] Se trata de las disposiciones constitucionales que integran el Título X de la Constitución Española, dedicado a la reforma constitucional.

X. Límites a la posposición de los efectos de las sentencias constitucionales

El parámetro normativo tripartito propuesto para establecer límites al uso discrecional del tiempo por parte del TC puede también aplicarse al tercero de los momentos procesales incluidos en esta investigación, es decir, a la posposición en el tiempo de los efectos de sus resoluciones. Los tribunales constitucionales suelen tener un ámbito discrecional amplio para decidir sobre la ejecución de sus sentencias.[22] Como se ha visto, una de las posibilidades es declarar una norma inconstitucional sin declarar al mismo tiempo su nulidad. En el caso del TC, esa potestad no le viene expresamente atribuida por la LOTC, que se pronuncia más bien en sentido contrario, al estipular que cuando una sentencia declare la inconstitucionalidad, "declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados".[23] La posibilidad de una declaración de inconstitucionalidad sin nulidad se ha abierto paso, sin embargo, como una alternativa cuando la nulidad crea más problemas constitucionales que los que soluciona, con el argumento de que las decisiones de los tribunales constitucionales deben ser también "responsables".[24]

De la propia práctica del TC se deducen algunas notas que pueden integrarse en lo que venimos denominando el elemento ordinario del parámetro normativo llamado a limitar la capacidad del Tribunal para tomar este tipo de decisiones. Hasta ahora, las circunstancias en las que el TC ha diferido en el tiempo la nulidad de una norma declarada inconstitucional se limitan a casos

22 Al respecto, ve+éase Naglieri, Giuseppe, *Giudicare e ottemperare. Uno studio comparato su soggetti, forme e modelli dell'esecuzione costituzionale*, Rimini, Maggioli Editore, 2023.

23 LOTC, art. 39.1: Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia.

24 Sobre la necesidad de que las sentencias constitucionales sean, en este sentido, "responsables", ver Jiménez Campo, Javier, "Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley", en Aja, Eliseo *et al., Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 171-200 en p. 196 y ss.

en los que la norma inconstitucional o bien no tiene ya efectos por haber decaído su vigencia, y en las que una declaración de nulidad solo afectaría a hechos pasados, como es el caso de las leyes del presupuesto, o bien se trata de normas cuya nulidad depararía la imposibilidad de ejercer derechos fundamentales si no se produce antes una intervención del legislador, como es el caso de las normas electorales. Como la decisión de posponer la nulidad supone la inobservancia de la consecuencia que la LOTC asocia a la declaración de inconstitucionalidad, el TC se ve obligado también, en todos esos casos, a declarar expresamente las razones por las que se aleja de lo previsto en la Ley, una justificación expresa que forma parte también de la pauta seguida hasta ahora por el TC. Este componente formal se integra igualmente en el parámetro ordinario.

Siguiendo con el esquema propuesto, podríamos establecer un segundo parámetro, que ampliaría la capacidad del TC para posponer los efectos de sus resoluciones y que sería aplicable a aquellos casos en los que, dándose determinadas circunstancias materiales y cumpliéndose una serie de requisitos formales, el Tribunal decidiera discrecionalmente apartarse del parámetro ordinario. Se aplicaría, por tanto, a normas de naturaleza distinta a las de carácter presupuestario o electoral, cuya declaración de inconstitucionalidad no fuera acompañada de nulidad. El requisito formal exigiría una justificación reforzada de la inobservancia de lo establecido en la LOTC, exponiendo las razones por las que el Tribunal ha considerado conveniente ampliar el radio de las declaraciones de inconstitucionalidad sin nulidad.

Ahora bien, también esta modalidad de uso discrecional del tiempo por la jurisdicción constitucional también debe someterse a algunos límites infranqueables, los que conforman el tercer elemento del parámetro propuesto. En efecto, la normatividad de la Constitución no puede tolerar que normas inconstitucionales persistan en el ordenamiento más allá de circunstancias excepcionales. Hay al menos dos líneas que deben delimitar las fronteras que el TC no debe traspasar cuando decide declarar una norma inconstitucional pero no nula: en primer lugar, la validez de la norma, en el caso de que siga surtiendo efectos, no puede prorrogarse *sine die*: el Tribunal deberá siempre fijar un plazo transcurrido el cual la inconstitucionalidad de la norma debe

implicar, necesariamente, su pérdida de validez. Y, en segundo lugar, el Tribunal no debe fijar condiciones para que sobrevenga la pérdida de validez que sean imposibles, o cuyo incumplimiento haya sido manifiesto, por ejemplo, en el caso de advertencias sucesivas al legislador que hayan sido reiteradamente ignoradas.

Referencias

Arroyo Jiménez, Luis *et al.* (eds.), *El juez del derecho administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

Bogdandy, Armin von y Paris, Davide, "La construcción de la autoridad judicial: una comparación entre el Tribunal Constitucional italiano y el Tribunal Constitucional Federal alemán", *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 43, 2019.

Jiménez Campo, Javier, "Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley", en Aja, Eliseo *et al., Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.

Pegoraro, Lucio, "Control jurisdiccional vs. control político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 23, 2019.

Ragone, Sabrina y Ruiz Tarrías, Susana, "'Supremacismo judicial' al estilo alemán: la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el programa de compras de bonos en mercados secundarios", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 24, 2020.

Scalia, Antonin, *Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el Derecho*, trad. de Villa Rosas, Gonzalo, Lima, Palestra, 2015.

Tega, Dileta, *La corte nel contesto. Percorsi di «ri-accentramento» della giustizia costituzionale in Italia,* Bologna, Bologna University Press, 2020.

Restricciones indirectas del derecho a la libertad de expresión

***

Indirect restrictions on the right to freedom of expression

Miguel Ángel Rodríguez Vázquez[*]

Resumen: en el ensayo llevo a cabo un ejercicio de conceptualización del término *restricciones indirectas del derecho a la libertad de expresión* por dos motivos: en primer lugar, para diferenciarlas de los casos en los que de manera directa está condicionada la libertad de expresión al control estatal y, en segundo lugar, porque hay situaciones en las que las vías y los medios empleados dan la apariencia de neutralidad, pero en realidad tienen el potencial efecto de disuadir o inhibir a las personas de participar en la deliberación pública, pues impiden la circulación y la manifestación de ideas. Para demostrar lo anterior, se analizan casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y el Tribunal Constitucional de España, en los que además se pone de manifiesto que las vías y los medios indirectos por los cuales se puede restringir el derecho a la libertad de expresión son muy variados y de diversa naturaleza.

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; profesor-investigador en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Juárez del Estado de Durango; investigador nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores del CONAHCYT; perfil PRODEP; magistrado en retiro, *ORCID: 0000-0003-3054-7667*

Abstract: in this essay I carry out an exercise to conceptualize the term indirect restrictions on the right to freedom of expression for two reasons: firstly, to differentiate them from cases in which freedom of expression is directly conditioned to state control and, secondly, because there are situations in wich the ways and means used give the appearance of neutrality, but in fact they have the potential effect of dissuading or inhibiting people from participating in public deliberation, since they prevent the circulation and manifestation of ideas. To demonstrate the above, cases resolved by the Inter-American Court of Human Rights, the Mexico´s Supreme Court of Justice, and the Constitutional Court of Spain are analyzed, in wich it is also made clear that the indirect ways and means, by which the right to freedom can be restricted are very varied and of diverse nature.

Sumario: I. Introducción. II. Conceptualización de las restricciones indirectas del derecho a la libertad de expresión. III. Casos prácticos sobre restricciones indirectas del derecho a la libertad de expresión. IV. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

Uno de los derechos fundamentales que es esencial para que el ser humano exprese su pensamiento, sus sentimientos y emociones, necesario también para facilitar el ejercicio de otros derechos, así como para la construcción y el mantenimiento de una sociedad democrática, es el derecho a la libertad de expresión.[1]

A través de la resolución de casos concretos por parte de las cortes encargadas de garantizar los derechos humanos se han ido definiendo criterios en los que se demuestran las aseveraciones antes realizadas, por ejemplo, la Corte Interamericana de Dere-

[1] "En efecto, la libertad de expresión —el ejercicio de la misma— tiene un "valor en sí" y, también, un "valor para" en la medida que es un cimiento basilar para la edificación de un régimen democrático", Salazar, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión frente a la no discriminación,* México, IIJ-UNAM-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2010, p. 3.

chos Humanos (Corte IDH), determinó en la Opinión Consultiva OC-5/85, lo siguiente: "*La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática*. Es indispensable para la formación de la opinión pública [ ] Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté informada no es plenamente libre" (énfasis añadido).[2]

Mediante la libertad de expresión exteriorizamos nuestro pensamiento ya sea en forma oral o escrita o artística, o por cualquier otro medio. La protección que otorga ese derecho, tal como establece el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), también comprende el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole,[3] de ahí que haya una serie de derechos relacionados íntimamente con ella como lo es el derecho de acceso a la información y el derecho a la libertad de opinión.[4]

Ahora bien, en virtud de que no es un derecho absoluto, la libertad de expresión admite limitaciones siempre y cuando se cumpla con lo que establece el artículo 13.2 de la Convención ADH, y el 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante Pacto IDCP). El primero de los instrumentos de protección de derechos humanos es tajante en prohibir las restricciones indirectas que estén encaminadas a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. Sobre este último tema es el que versará este ensayo, pues considero que las restricciones indirectas a la libertad de expresión es uno de los tópicos relevantes a analizar que amerita atención especial por la complejidad que reviste.

---

2 Corte IDH. OC- 5/85. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 20 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva del 13 de noviembre de 1985. Serie A, núm. 5, párr. 70.

3 *Ibidem*, párr. 30.

4 El Comité de Derechos Humanos señala que la libertad de opinión y la libertad de expresión "están estrechamente relacionadas entre sí, dado que la libertad de expresión constituye el medio para intercambiar y formular opiniones". Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 34. Artículo 19 Libertad de opinión y de expresión, de 12 de septiembre de 2011, párr. 2.

En tal virtud, me propongo realizar un ejercicio de conceptualización del término *restricciones indirectas del derecho a la libertad de expresión,* diferenciándolas de casos como la censura previa, la prohibición o el secuestro de publicaciones, en los que de manera directa se condiciona la libertad de expresión al control estatal. Este ejercicio intelectual se justifica, pues se presentan situaciones en los que hay vías y medios que son en apariencia neutrales, entonces se les identifica debido a que tienen el potencial efecto de obstaculizar la participación en la deliberación pública, pues pueden disuadir o inhibir a las personas, de tal forma que impidan la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. Aunado a lo anterior, se pone en evidencia, a través del análisis de casos resueltos por la Corte IDH, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y por el Tribunal Constitucional de España, que las vías y los medios por los cuales se puede restringir esta libertad son muy variados y de diferente naturaleza, por lo que está justificada la investigación realizada, cuyos resultados presento en los siguientes apartados.

El ensayo se divide en tres partes: en la primera se realiza la conceptualización del término *restricciones indirectas* a la libertad de expresión; en la segunda parte, se lleva a cabo un análisis de casos sobre tal tema que fueron resueltos por la Corte IDH, la Suprema Corte y por el Tribunal Constitucional de España, relativos a restricciones indirectas a la libertad de expresión; finalmente, en la tercera se emiten las conclusiones respectivas.

II. Conceptualización de las restricciones indirectas del derecho a la libertad de expresión

Con la finalidad de tener claridad sobre el término *restricciones indirectas a la libertad de expresión*, se realizará en este apartado un ejercicio de conceptualización para identificar los elementos que componen a tal concepto.

2.1. La libertad de expresión no es un derecho absoluto

Los Estados están obligados a respetar el ejercicio de la libertad de expresión, es decir, a no interferir en nuestra esfera de derechos, prohibiendo la expresión de ideas u opiniones u obstaculi-

zando el ejercicio de ese derecho; sin embargo, como ya se dijo en la Introducción, no es un derecho absoluto, ya que existen discursos que están prohibidos o sujetos a restricciones, como el discurso de odio.[5]

Ahora bien, para que los Estados establezcan restricciones a la libertad de expresión de manera válida, es necesario que se cumplan una serie de requisitos. El artículo 19 del Pacto IDCP establece que las restricciones deberán: 1. Estar expresamente fijadas por la ley, y 2. Ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Por su parte, la CADH establece que el ejercicio de la libertad de expresión no puede estar sujeto a censura previa, sino a responsabilidades ulteriores —de ahí desprende la Corte IDH que pueden fijarse restricciones que no necesariamente sean contrarias a la CADH—, pero deben estar fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: *i)* el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o *ii)* la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. La Corte IDH, basada en lo resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos en el *caso The Sunday Times*,[6] interpretó que la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión deberá "estar orientada a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo deberá escoger aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido [ ] Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo".[7]

El artículo 13.3 de la CADH se refiere a las restricciones indirectas de la siguiente manera: "No se puede restringir el derecho

---

5 En el Prefacio de la Estrategia y Plan de Acción de las Naciones Unidas para la lucha contra el Discurso de Odio escrito por Antonio Guterres, en mayo de 2019, expuso: "En todo el mundo, estamos presenciando una inquietante oleada de xenofobia, racismo e intolerancia, con un aumento del antisemitismo, el odio contra los musulmanes y la persecución de los cristianos".

6 Corte Europea de Derechos Humanos, *The Sunday Times case,* sentencia de 26 de abril de 1979. Serie A, núm. 30, párr. 59, pp. 35-36.

7 Corte IDH. OC-5/85..., *cit.,* nota 2, párr. 46.

de expresión 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 encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones."

La Constitución mexicana retoma la prohibición establecida en la CADH, para quedar el artículo 7 redactado en los siguientes términos:

> No se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódico, 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.

2.2. Conceptualización de las restricciones indirectas a la libertad de expresión

Pues bien, de la lectura de los instrumentos jurídicos antes citados, se advierte que ninguno de ellos explica el término *restricciones indirectas*, sino que se concretan a dar algunos ejemplos de vías o medios indirectos que restringen la libertad de expresión (sin que ello implique que la lista sea exhaustiva). Por dicho motivo, es necesario acudir a la lectura de los casos resueltos por la Corte IDH y la Suprema Corte para conocer algunas coordenadas sobre tal concepto.

En la Opinión Consultiva OC-5/85, la Corte IDH se refirió a las restricciones indirectas a la libertad de expresión: "Las infracciones del artículo 13 pueden presentarse bajo diferentes hipótesis, según se conduzcan a la supresión de la libertad de expresión o solo impliquen restringirla más allá de lo legítimamente permitido".[8] En tal virtud, La Corte IDH distingue entre la supresión radical y la no radical del derecho a la libertad de expresión. Respecto a la primera expresó:

[8] *Ibidem*, párr. 53.

> En verdad no toda transgresión al artículo 13 de la Convención implica *la supresión radical* de la libertad de expresión, que tiene lugar cuando, por el poder público se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias. Ejemplos son la censura previa, el secuestro o prohibición de publicaciones y, en general, *todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o la difusión de información al control gubernamental*. En tal hipótesis, hay una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática. (Énfasis añadido).

Después se refiere a las violaciones no radicales a la libertad de expresión:

> La supresión de la libertad de expresión ha sido descrita en el párrafo precedente, si bien constituye el ejemplo más grave de la violación del artículo 13, no es la única hipótesis en que dicho artículo puede ser irrespetado. En efecto, *también resulta contradictorio con la Convención todo acto de poder público que implique una restricción* al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención; y todo ello con independencia de si esas restricciones aprovechan o no al gobierno. (Énfasis añadido)

En México, la Primera Sala de la Suprema Corte, en el Amparo en Revisión 136/2021,[9] fijó algunos criterios que conviene mencionar respecto a la *prohibición de restricciones indirectas*:

a) la prohibición de restricciones indirectas la equipara con la prohibición de la imposición de medidas inhibidoras o disuasivas (*chilling effect*);
b) considera que "aunque neutras en apariencia" tienen el potencial efecto de obstaculizar la participación en la deliberación pública;
c) esa afectación se debe a que pueden "generar un "disuasivo" o "inhibidor" [efecto] para evitar que las personas participen de manera abierta, robusta y desinhibida en la deliberación pública";

[9] Fue resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 5 de octubre de 2022, *https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=281717*

d) por tal motivo, esa prohibición tiene una estrecha relación con la dimensión colectiva con la libertad de expresión, y
e) el Estado se debe abstener de tomar medidas que produzcan el efecto disuasivo o inhibidor para participar en la deliberación pública.

Considero que algunos de los criterios que emitió la Primera Sala de la Suprema Corte son componentes del concepto *restricciones indirectas a la libertad de expresión*, tal como sucede con el *potencial efecto* que pudiera obstaculizar la participación de la ciudadanía en el espacio público, pues se trata de medios o vías indirectas que en apariencia son neutrales, ya que no condicionan de manera directa a la libertad de expresión al control gubernamental, como sucedería si el Gobierno prohibiera o secuestrara una publicación. También es de suma importancia tener presente que el efecto puede generar un *efecto disuasivo o inhibidor* para que las personas participen en la deliberación pública.

La legislación que establezca prohibiciones y sanciones genera efectos inhibidores o disuasivos en las conductas de las personas, pues debido a tal regulación se abstendrán de llevar a cabo lo prohibido para evitar que se produzcan consecuencias negativas en caso de caer en incumplimiento, tal como lo advirtió la Primera Sala. Pero la situación se complica al haber conductas que no están reguladas de forma expresa por la norma, por tanto, se ubican en una zona de riesgo que las personas difícilmente querrán cruzar para evitar ser sancionadas. Esa zona de riesgo, para ese alto cuerpo judicial colegiado, son los "casos limítrofes para los órganos aplicadores". También menciona que las personas destinatarias de las normas prohibitivas, para evitar las sanciones, es muy probable que tomen sus precauciones con medidas adicionales para no ubicarse en la zona de riesgo, en otras palabras, se inhibirán de realizar ciertas conductas.

En tal virtud, *la restricciones indirectas del derecho a la libertad de expresión son violaciones no radicales de la libertad de expresión,* pues no la condicionan de manera radical al control gubernamental, pero sí constituyen limitaciones que impiden la comunicación, así como la circulación de ideas y opiniones, debido a la utilización de medios que, en principio, tienen la apariencia de

ser neutrales frente a ese derecho, sin embargo, poseen el potencial efecto de obstaculizar la participación de las personas en la deliberación pública, ya que pueden disuadirlas o inhibirlas para que intervengan, lo cual tiene efectos negativos para el régimen democrático centrado en la participación de las personas en la toma de decisiones.

III. Casos prácticos sobre restricciones indirectas del derecho a la libertad de expresión

3.1. Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein vs. Perú[10]

Los hechos que son materia del caso se refieren a la "suspensión" (pérdida) de los derechos que tenía el señor Ivcher Bronstein como accionista mayoritario, por ser propietario del 53.95% de las acciones, de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S. A., empresa operadora del canal 2 de la televisión peruana (los hermanos Samuel y Mendel Winter Zuzuanga eran propietarios del 46% restante de acciones), por haberse emitido una resolución que dejó sin efecto legal alguno su título de nacionalidad peruana (él nació en Israel), como represalia por haber difundido en abril de 1997, en el canal 2, en el programa Contrapunto, denuncias sobre posibles torturas cometidas por miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército de Perú, así como reportajes relacionados con ingresos millonarios percibidos por el señor Vladimiro Montesinos Torres, asesor de dicho servicio de inteligencia.

El juez penal provisional del Juzgado Especializado en Derecho Público ordenó la suspensión de derechos como accionista, lo que ocasionó que perdiera el control de la Compañía y que esta quedara en manos de los hermanos Winter, quienes eran accionistas minoritarios. Luego que ello sucedió, se prohibió la entrada de los periodistas que laboraban en el programa Contrapunto, además se modificó la línea informativa de ese programa.

[10] Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, núm. 74.

Por todo lo antes expuesto, la Corte IDH consideró, luego de analizar los actos realizados en el contexto antes descrito y las circunstancias respectivas, que se violó la libertad de expresión, pues "la resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher constituyó *un medio indirecto para restringir su libertad de expresión*, así como la de los periodistas que laboraban e investigaban para el programa de Contrapunto del canal 2 de la televisión peruana",[11] (énfasis añadido). Además, se afectó el derecho a los peruanos a recibir información, lo que limitó su derecho a desarrollarse en una sociedad democrática.

3.2. Casos Perozo y otros vs. Venezuela,[12] Caso Ríos y otros vs. Venezuela[13]

Se estudian dos casos resueltos mediante sentencias emitidas el 28 de enero de 2009, en las cuales se utilizaron, en buena parte de su contenido, los mismos criterios, pues ambas, en lo que interesa para este ensayo, se refieren a hechos similares ocurridos entre 2001 y 2005, en los que el Estado perpetra violaciones a la libertad de expresión, en Venezuela, tales como actos de hostigamiento y agresiones físicas y verbales, también de obstaculización a las labores periodísticas, cometidos en perjuicio de personas que están vinculadas, en el primero de los casos al canal de televisión Globovisión, y en el segundo a RCTV, de ahí que se aborden de manera conjunta.

En ambos casos, se fijan criterios como el siguiente:

> La enunciación de medios restrictivos que hace el artículo 13.3 no es taxativa ni impide considerar cualesquiera otros medios o vías indirectas derivados de las nuevas tecnologías. Además, el artículo 13.3 de la Convención impone al Estado obligaciones de garantía, aún en el ámbito de las relaciones entre particulares, pues no solo

11 *Ibidem,* párr. 162.

12 Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela.* Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 195.

13 Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 194.

> abarca restricciones gubernamentales indirectas, sino también controles [...] particulares que produzcan el mismo resultado.[14]

Del análisis de dicho párrafo se derivan dos puntos importantes: a) el primero consiste en que la lista de medios restrictivos establecida en el artículo 13.3 no es taxativa, es decir, no limita o reduce los medios indirectos que restringen la libertad de expresión a los mencionados en tal numeral, por lo que se pueden considerar otros medios o vías indirectas que se derivan de las nuevas tecnologías, y b) los medios o vías indirectas de restringir la libertad de expresión no únicamente provienen de manera directa de los agentes estatales, sino que también pueden provenir de particulares, pues expresamente dice: "controles [...] particulares", de ahí que el Estado tiene la obligación de garantizar la libertad de expresión incluso tratándose de particulares.

El segundo de los criterios es de suma importancia, pues, en ambos casos, una gran parte de los hechos que se contienen en las demandas respectivas fueron perpetrados por particulares, razón por la cual la Corte IDH resolvió que el Estado venezolano no cumplió con la obligación de observar la debida diligencia en la investigación y prevención de los hechos violatorios de la libertad de expresión aun cuando fueran perpetrados por particulares, pues no solamente debe abstenerse de emitir actos normativos o medidas administrativas que perjudiquen tal derecho, ni propiciar, estimular o favorecer o profundizar la vulnerabilidad de quienes ejerzan el periodismo cuando hay una situación de riesgo o vulnerabilidad para ellos, también debe adoptar medidas necesarias y razonables para prevenir y proteger los derechos, o bien investigar los hechos en los que se perpetraron violaciones a sus derechos,[15] y considerar en cada caso la previsibilidad de un riesgo real e inmediato.[16]

---

[14] Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela..., cit.,* párr. 367; *Caso Ríos y otros vs. Venezuela..., cit.,* párr. 340, agrega "Para que se configure una violación al artículo 13.3 de la Convención, es necesario que la vía o el medio restrinjan efectivamente, aunque sea en forma indirecta, la comunicación y la circulación de idas y opiniones".

[15] Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela..., cit.,* párr. 118; *Caso Ríos y otros vs. Venezuela..., cit.,* párr. 107.

[16] Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela..., cit.,* párr. 121, *Caso Ríos y otros vs. Venezuela..., cit.,* párr. 110.

Por último, se analizaron en las sentencias algunas declaraciones que emitieron agentes estatales, por lo que conviene reproducir lo manifestado por la Corte IDH respecto a los pronunciamientos de altos funcionarios públicos, quienes,

> [...] propiciaron o, al menos, contribuyeron a acentuar o exacerbar, situaciones de hostilidad, intolerancia o animadversión por parte de sectores de la población hacia personas vinculadas con ese medio de comunicación. *El contenido de algunos discursos, por la alta investidura de quienes los pronunciaron y su reiteración, implica una omisión de las autoridades estatales en su deber de prevenir los hechos, pues pudo ser interpretado por individuos y grupos de particulares de forma tal que derivaran en actos de violencia contra las presuntas víctimas, así como en obstaculizaciones a su labor periodística*.[17] (Énfasis añadido)

> [...] *Algunos contenidos de los referidos pronunciamientos son incompatibles con la obligación estatal de garantizar los derechos de esas personas a la integridad personal y a la libertad de buscar, recibir y difundir información, al haber podido intimidar a quienes se hallaban vinculados con ese medio de comunicación y constituir falta al deber de prevenir situaciones violatorias o de riesgo para los derechos de las personas*.[18] (Énfasis añadido).

No obstante, los razonamientos antes expresados, de forma desconcertante[19] la Corte IDH consideró que solamente se violaban los artículos 1.1 por incumplir con sus obligaciones y el 13.1 por incumplir con su deber de garantizar la libertad de expresión, omitiendo el artículo 13.3 y así fue resuelto en ambos casos. [20]

---

17 Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela...*, *cit.,* párr. 160.

18 *Ibidem,* párr. 161.

19 "En ambas sentencias, sin embargo, el tribunal concluyó -diríamos sorpresivamente- que los efectos de tales pronunciamientos guardaban relación solo con los artículos 1.1 y 3.1 de la Convención Americana, sin ser suficientes para configurar una violación de su artículo 13.3.", en Quiroga, Cecilia, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentada,* Suprema Corte de Justicia de la Nación-Konrad Adenauer Stiftung, México, 2014, p. 32.

20 "No ha sido establecido que el Estado haya violado el derecho a buscar, recibir y difundir información, en los términos del artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por las razones señaladas en los párrafos 366 a 369 de la presente sentencia", Corte IDH. *Caso Perozo*

3.3. Suprema Corte (México): Amparo en Revisión 1359/2015.[21] La omisión legislativa absoluta como medio de restricción indirecta a la libertad de expresión

Campaña Global por la Libertad de Expresión A19 (Artículo 19), Asociación Civil (en adelante A19) promovió amparo en contra de las cámaras del Congreso de la Unión por la omisión de expedir la ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución mexicana, tal como está previsto en el artículo tercero transitorio del decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución mexicana en materia político-electoral, el cual se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de febrero de 2014.

A19, con el amparo promovido, pretendía que el gasto en comunicación social que ejercen los Gobiernos deje de ser un instrumento en sus manos para ejercer censura y, por ende, restringir la libertad de expresión, es decir, que se deje de utilizar la publicidad oficial como "método de censura". El amparo fue negado por un juez de Distrito, por lo que se interpuso el recurso de revisión, y luego se solicitó a la Suprema Corte que ejerciera la facultad de atracción, pero A19 no tenía legitimación para ello, por lo cual el ministro José Ramón Cossío hizo suya la solicitud para conocer de la revisión del juicio de amparo.

La Suprema Corte consideró que sí era procedente el recurso de revisión, pues el caso no se trata de la materia electoral, también procede contra omisiones legislativas sin que por ello se viole el principio de relatividad de las sentencias, y A19 sí tiene interés legítimo para acudir al juicio de amparo, entre otros argumentos que esgrimió, por tal razón entró al estudio del fondo del asunto.

La Suprema Corte consideró que el argumento de A19 es fundado debido a que la omisión de expedir la ley correspondiente

---

y otros vs. Venezuela..., cit., párr. 426; *Caso Ríos y otros vs. Venezuela..., cit.,* párr. 416.

[21] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 1359/2015. Sentencia de 15 de noviembre de 2017, *https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=190443*

"permite un uso arbitrario y discrecional de la repartición de la publicidad oficial y genera censura a los medios de comunicación y periodistas críticos", es decir, "la falta de reglas claras y transparentes que establezcan criterios con los cuales se asigna el gasto de comunicación social de las distintas instancias de gobierno -omisión atribuible al Congreso de la Unión- constituye un medio de restricción indirecta a la libertad de expresión prohibido por los artículos 7 de la Constitución y 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

Lo anterior se debe a que, para los medios de comunicación en México, reviste singular importancia la publicidad oficial, pues los ingresos que obtienen por la difusión de esta les permite continuar operando, ya que hay que sufragar los elevados costos de producción, de tal manera que la publicidad se convierte en fundamental para el funcionamiento de los medios de comunicación, a tal grado, que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión afirmó que "la negativa a asignársela tenga [tiene] un impacto tan adverso que equivalga [equivale] a una multa o condena de cárcel".[22] La misma Relatoría expuso que puede haber *asignación negativa* cuando se realiza para que no se informe desfavorablemente en contra de quienes están en cargos públicos, o bien, *asignación positiva* para que quien resulte beneficiario se exprese favorablemente y de esa manera continuar recibiendo fondos estatales.[23]

3.4. Tribunal Constitucional de España STC 136/1999[24]

Un caso en el que se trató lo relativo al efecto disuasivo o inhibidor en el Tribunal Constitucional de España fue en el amparo que promovió el Procurador de Tribunales en nombre de inte-

[22] Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2003, párr. 12, *https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=139&lID=2*

[23] *Ibidem*, párr. 7.

[24] Tribunal Constitucional de España, STC 136/1999. Sentencia de 20 de julio de 1999.

grantes de Herri Batasuna en contra de autos de 6 de octubre de 1997 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y de la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el artículo 61 L.O.P.J. en el incidente de recusación número 17/97, que dimana de la causa especial número 840/96, y en contra de la sentencia de 29 de noviembre de 1997, dictada por la Segunda Sala del Tribunal Supremo en la causa antes citada.

El motivo de iniciar la causa especial fue debido a la denuncia que se presentó en contra de los demandantes de amparo porque en la sentencia pronunciada el 29 de noviembre de 1997, se les declaró culpables a los veintitrés demandantes de amparo de la comisión del *delito de colaboración con banda armada sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad,* y se les impusieron siete años de prisión mayor y una multa de 500.000 pesetas, con las accesorias de suspensión de cargo público y del derecho de sufragio pasivo durante la condena. Lo anterior debido que realizaron: "Un acto de colaboración con ETA, concretado en la decisión adoptada por los componentes de la Mesa Nacional de H. B., en su reunión de 5 de febrero de 1996, de ceder a una organización terrorista los espacios electorales gratuitos que como formación política le correspondían, asumiendo de esta forma su contenido (fundamento jurídico 28, in fine)".

El amparo llegó al conocimiento del Tribunal Constitucional español y, el 20 de julio de 1999, el Pleno determinó, otorgar el amparo a los recurrentes y, en consecuencia: *i)* reconocer que el artículo 174 bis a) y *ii)* del Código Penal de 1973 al ser aplicado al caso ha vulnerado su derecho a la legalidad penal (art. 25.1 C. E.). Restablecer en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia 21/1997, de 29 de noviembre de 1997, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la causa especial 840/1996.

Los argumentos esenciales que se vertieron en la sentencia y que son importantes para este ensayo, son los referentes al efecto disuasor o desalentador, (*Chilling effect*), pues en el ejercicio de conceptualización de las restricciones indirectas a la libertad de expresión realizado con antelación se contempló como uno de los elementos centrales de tal concepto.

Para que la sanción penal se considere constitucionalmente legítima, de acuerdo con el Tribunal Constitucional de España, debe cumplir con dos requisitos: a) en la formulación del tipo penal y en su aplicación se cumplió con el *principio de legalidad penal* (art. 25.1 C. E.), y b) "si además no han producido, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan o un efecto que en otras resoluciones hemos calificado como disuasor o desalentador del ejercicio de derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada".

Entonces, con *el establecimiento de los tipos penales o por su interpretación* se pueden afectar los derechos de libertad de participación, de expresión y de información, "siquiera sea indirectamente", es decir, cuando se expresan ideas, se comunica información o se participe en una campaña electoral de forma ilícita,

> [...] una reacción penal excesiva frene a este ejercicio ilícito de esas actividades puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, *pueden no ejercerlos libremente ante el temor de cualquier extralimitación sea severamente sancionada* (énfasis añadido).

IV. Conclusiones

El derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, pues puede ser restringido expresamente por la ley, cuando sea necesario para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o bien para proteger a la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Hay restricciones radicales a la libertad de expresión como es el caso de vías o medios directos que condicionan de manera total la libertad de expresión, pero también hay las que no son radicales que son las que se conocen como restricciones indirectas a tal derecho. El problema para identificar estas últimas es que en apariencia son neutrales por lo que hay que detenerse a analizar si sus po-

tenciales efectos obstaculizan la participación en la deliberación pública, pues pueden generar un efecto disuasivo o inhibidor que evite la participación de las personas en el espacio público y con ello se debilita al régimen democrático que está centrado en la participación de las personas en la toma de decisiones políticas.

De los casos analizados se advierte que las vías o medios indirectos pueden ser de diversa naturaleza, pues hay algunos en los que vía la legislación penal, la punición provoca el efecto disuasivo o inhibidor, pero hay otros casos en los cuales por no legislar también se produce, además se puede generar ese efecto por actos administrativos y hasta por pronunciamientos en discursos emitidos por altos funcionarios del Estado, de ahí que metodológicamente sea necesario centrarse en los potenciales efectos que se pueden producir y no en la fachada de neutralidad con que aparezcan.

Referencias

Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 34. Artículo 19 Libertad de opinión y de expresión, de 12 de septiembre de 2011.

Corte Europea de Derechos Humanos, *The Sunday Times case,* sentencia de 26 de abril de 1979. Serie A, núm. 30.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.* Reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, núm. 74.

Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela.* Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 195.

Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 194.

Corte IDH. OC- 5/85. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 20 Convención Americana sobre Derechos Huma-

nos). Opinión Consultiva del 13 de noviembre de 1985. Serie A, núm. 5.

Quiroga, Cecilia, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentada,* Suprema Corte de Justicia de la Nación-Konrad Adenauer Stiftung, México, 2014.

Salazar, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión frente a la no discriminación,* México, IIJ-UNAM-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2010.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 1359/2015. Sentencia de 15 de noviembre de 2017.

Tribunal Constitucional de España, STC 136/1999. Sentencia de 20 de julio de 1999.

Una pésima idea: la eliminación de la carrera judicial como sistema para la designación de jueces

***

A terrible idea: the elimination of the judicial career as a system for the appointment of judges

Ariel Alberto Rojas Caballero[*]

Resumen: la reforma constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de septiembre del 2024 que propone un sistema mixto de designación de personas juzgadoras federales por preselección por parte de los poderes de la unión y voto popular, no tiene como finalidad mejorar el servicio público de administración de justicia, sino una perversa intencionalidad política de venganza, purga, cooptación y caos, al sustituir el de designación por concursos de oposición, mediante la carrera judicial, para jueces y juezas de distrito, magistradas y magistrados de circuito y, lejos de resolver los problemas que se refiere en la exposición de motivos de la iniciativa presidencial presentada el 5 de febrero anterior, los agravará en demérito de la efectividad del servicio público de administración de justicia, a la par de ser inconvencional, al trasgredir los estándares internacionales sobre independencia judicial.

Abstract: the constitutional reform, published in the Official Gazette of the Federation on September 15, 2024, which propo-

* Doctor en Derecho, magistrado de circuito jubilado, consultor jurídico en materia de amparo y Derecho Público, autor de 12 libros sobre derechos humanos, ética judicial, control de convencionalidad, gestión judicial efectiva e historia del derecho mexicano, docente universitario.

ses a mixed system of appointment of federal judges by pre-selection by the powers of the Union and popular vote, does not aim to improve the public service of administration of justice, but a perverse political intention of revenge, purge, co-optation and chaos, by replacing the appointment with competitive examinations, through the judicial career, for district judges, circuit magistrates, far from resolving the problems referred to in the explanatory memorandum of the presidential initiative presented on February 5, will aggravate them to the detriment of the effectiveness of the public service of administration of justice, at the same time as being unconventional, by violating universal standards on judicial independence.

Palabras clave: sistemas de selección de jueces, desventajas del sistema mixto de selección, carrera judicial.

Keywords: systems for selecting judges, disadvantages of the mixed selection system, judicial career.

Sumario: I. Presentación. II. La carrera judicial en México. III. El fenómeno mundial de la captura del poder judicial. IV. Consideraciones sobre la reforma. Referencias.

> *El juez es una partícula de sustancia humana que vive y se mueve dentro del Derecho y si esta partícula de sustancia humana tiene dignidad y jerarquía espiritual, el Derecho tendrá dignidad y jerarquía espiritual. Pero si el juez, como hombre, cede ante sus debilidades, el Derecho cederá en su última y definitiva revelación [...].*
>
> *De la dignidad del juez depende la dignidad del Derecho. El Derecho valdrá, en un país y en un momento histórico determinados, lo que valgan los jueces como hombres. El día en que los jueces tengan miedo, ningún ciudadano podrá dormir tranquilo.*
>
> *Eduardo J. Couture* [1]

[1] Palabras con las que concluyó el cursillo dictado en la Facultad de Derecho de París en la primavera de 1949, citado por Molina García, René, "Gobierno judicial y áreas de tensión con otros poderes del Estado", en Nieva Fenoll, Jordi y Oteiza, Eduardo (dirs.), *La independencia judicial: un constante asedio*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 112.

I. Presentación

La pretensión de la presente ponencia es exponer argumentos para evidenciar que el decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma del poder judicial, publicado el 15 de septiembre de 2024,[2] en la parte atinente a la designación de magistrada o magistrado de circuito, así

[2] *Diario Oficial de la Federación* de 15 de septiembre de 2024, edición vespertina, *https://www.dof.gob.mx/index_111.php?year=2024&month=09&day=15#gsc.tab=0* Decreto cuyo artículo único ordena: Se reforman el párrafo segundo del artículo 17; la fracción VIII del artículo 76; los párrafos segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, octavo, noveno, décimo segundo, décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto del artículo 94; las fracciones III, V y VI del artículo 95; los párrafos primero y segundo del artículo 96; los párrafos primero, y actuales segundo, tercero y séptimo del artículo 97; los párrafos primero, tercero y cuarto del artículo 98; el párrafo tercero, la fracción I del párrafo cuarto, y los párrafos séptimo, décimo, décimo primero, décimo segundo y décimo tercero del artículo 99; los párrafos primero, segundo, tercero, cuarto y los actuales párrafos quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo segundo y décimo tercero del artículo 100; los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 101; el párrafo segundo de la fracción I y el párrafo quinto de la fracción II, del artículo 105; los párrafos primero y tercero de la fracción II, el párrafo primero de la fracción X, y los párrafos segundo, tercero y cuarto de la fracción XIII, del artículo 107; los párrafos primero y segundo del artículo 110; los párrafos primero y quinto del artículo 111; la fracción I del artículo 113; los párrafos segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto de la fracción III del párrafo segundo del artículo 116; los párrafos primero y tercero de la fracción IV y el párrafo cuarto de la fracción VIII del Apartado A del artículo 122; y el segundo párrafo de la fracción XII del Apartado B del artículo 123; se adicionan una fracción X, recorriéndose la fracción subsecuente, del Apartado A, y un párrafo segundo a la fracción VII del Apartado B, del artículo 20; las fracciones I, II, III y IV al párrafo primero, y los párrafos tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo al artículo 96; un párrafo segundo y las fracciones I, II, III, IV y V, recorriéndose los subsecuentes, al artículo 97; los párrafos quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo, décimo segundo, décimo tercero, décimo cuarto y décimo quinto, recorriéndose los subsecuentes, y un párrafo último al artículo 100; un párrafo cuarto al artículo 105; un párrafo último al artículo 116; y se derogan la fracción XVIII del artículo 89; la fracción II y el segundo párrafo del artículo 95; el segundo párrafo del artículo 98; el párrafo décimo cuarto del artículo 99; los actuales párrafos décimo y décimo primero del artículo 100, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

como jueza o juez de Distrito (en adelante personas juzgadoras federales); sistema que se hace extensivo a las y los magistrados y jueces del fuero común,[3] por un sistema que involucra voto popular, además de resultar inconvencional, afectaría seriamente el servicio público de administración de justicia y, lejos de resolver los problemas que presenta, los agravará.[4] No se desconocen los

[3] Para el análisis de la iniciativa en todos sus aspectos se recomiendan los siguientes estudios: Suprema Corte de Justicia de la Nación-Centro de Estudios Constitucionales, *Análisis de la iniciativa de reforma al Poder Judicial en México, Problemas asociados con la iniciativa de reforma constitucional del Poder Judicial presentada el 5 de febrero de 2024*, México, SCJN, 2024, *https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/page/files/2024-06/Ana%CC%81lisis%20de%20la%20iniciativa%20de%20reforma.%20Problemas%20asociados_final.pdf* ; The Dialogue Leadership for the Americas; Stanford Law School. Rule of Law Impact Lab y Barra Mexicana-Colegio de Abogados, *Una amenaza a la Independencia Judicial. Análisis de la iniciativa de reformas constitucionales en México*, Mayo de 2024, *https://www.thedialogue.org/wp-content/uploads/2024/05/ES_Informe-Mexico_Independencia-Judicial.pdf* ; López Ayllón, Sergio *et alt*. (coords.), *Análisis técnico de las 20 iniciativas de reformas constitucionales y legales presentadas por el presidente de la República (febrero 5, 2024)*, México, UNAM, 2024, *https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/7483-analisis-tecnico-de-las-20-iniciativas-de-reformas-constitucionales-y-legales-presentadas-por-el-presidente-de-la-republica-febrero-5-2024*, "Relatoría sobre los Foros sobre la Reforma Constitucional en Materia de Justicia", organizados por la Universidad Nacional Autónoma de México en *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, número especial Publicado el 1 de agosto de 2024, *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/issue/view/753#:~:text=La%20integraci%C3%B3n%20de%20la%20Suprema%20Corte%20de%20Justicia%20de%20la* y Escuela Libre de Derecho, *Estudios sobre la Reforma Judicial,* México, ELD, 2024, *https://www.eld.edu.mx/Biblioteca/Estudio-sobre-la-Reforma-Judicial-version-ejecutiva.pdf*

[4] En esencia se justifica la iniciativa de enmienda en la falta de independencia, el distanciamiento con el pueblo que merma en su credibilidad y confianza, que hay desinterés en cumplir sus deberes constitucionales, se privilegian los intereses de grupo que son contrarios al interés público; se pretende que las personas juzgadoras sean responsables frente al pueblo de las decisiones que tomen, se postula la modernización del poder judicial, para que represente la pluralidad de la sociedad mexicana. La reforma pretende romper con la inercia de los acuerdos copulares, dónde las y los ministros y las personas juzgadoras no eran responsables ante la ciudadanía, sino ante quienes los propusieron en el cargo, orientando sus decisiones a la protección y defensa de intereses personales y de grupos e intereses tácticos. Al impulsar la democratización de la justicia y someter a los inte-

grandes problemas estructurales del sistema de administración de la justicia federal en México; sin embargo, la solución a ellos se encontraba en fortalecer y mejorar las instituciones con las que se contaba y no en su destrucción, entre ellas la carrera judicial.

El decreto de enmienda en cuestión ordena la sustitución de los mecanismos de selección de personas juzgadoras federales por medio de los concursos de oposición a través de la carrera judicial, organizados por el Consejo de la Judicatura Federal, por uno diverso, que podría calificarse como mixto,[5] dado que, si bien se someten a voto popular, las y los candidatos son previamente seleccionados por los poderes de la unión, mediante comités de evaluación.[6]

---

grantes del poder judicial al voto popular, se garantiza que representen las diferentes visiones que conforman la sociedad mexicana, logrando así que el acceso a una justicia pronta, expedita e imparcial, sea una realidad y no un principio escrito, que solo se utiliza para fundar y motivar los procesos judiciales, pero que no se refleja en la realidad de las personas justiciables (*Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión* correspondiente al lunes 5 de febrero de 2024, núm. 6457-15, año XXVII, anexo 15, *https://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/65/2024/feb/20240205-15.pdf.)*

5 En la doctrina básicamente se ubican los siguientes sistemas de designación de jueces: popular, mediante el sufragio de los ciudadanos; por parte de los poderes ejecutivo o legislativo; por parte del judicial, dentro de ellos, por concurso de oposición a través de carrera judicial y mixtos. Véase Angulo Jacobo, Luis Fernando, *Selección y designación de Jueces de Distrito*, México, Porrúa, 2013, pp. 35-42; Gómez Garrido, Luisa María, *Independencia Judicial: el espacio de la discreción*, Barcelona, Atelier, 2020, pp. 243-260; Rivera Santivañez, José Antonio, "Sistema de nombramiento del Juez Constitucional", en Ferrer MacGregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), *El Juez Constitucional en el Siglo XXI*, México, SCJN-IIJ-UNAM, 2000, pp. 113-141; Arredondo Elías, Juan Manuel, *El acceso a la función jurisdiccional: formación y selección de jueces*, México, Consejo de la Judicatura Federal, 2005, pp.103-138; Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Dimensión Política de un Poder Judicial Democrático", en Carbonell, Miguel *et al*. (comp.), *Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2004, pp. 113-149.

6 Artículo 96, fracción II.

II. La carrera judicial en México

El sistema de carrera judicial, como mecanismo para la selección de personas juzgadoras había sido un viejo reclamo del foro y la academia, desde principios del siglo xx ,[7] finalmente se elevó a rango constitucional en la enmienda publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1994[8] y que paradójicamente se fortaleció con la llamada "Reforma con y para el Poder Judicial", cuyas modificaciones a la norma fundamental fueron publicadas en ese mismo medio de difusión oficial, el 11 de marzo de 2021,[9] cuya iniciativa también fue presentada por el presidente Andrés Manuel López Obrador y que obligó incluso a la expedición de una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y una de Carrera Judicial, publicadas el 7 de junio de 2021.

---

7 Cipriano Gómez Lara recuerda "que con motivo del Primer Congreso Jurídico Nacional, se alzó la voz del licenciado Indalecio Sánchez Gavito, proponiendo desde esa época, año 1921, la creación de la carrera judicial, afirmando ya entonces lo siguiente: "Mi proposición en concreto es esta: creación de la carrera judicial para que de ella salgan los funcionarios de la administración de justicia y ocupen los puestos vacantes, por derecho propio y sin intervención de ningún otro poder. Durante muchas décadas, solo en la Academia se dejaban oír las voces de los grandes maestros predicando en el desierto la necesidad de la creación de la carrera judicial, pero la situación no cambiaba y tanto a nivel federal como local, las designaciones de magistrados y jueces obedecían a criterios subjetivos, o lo que es peor, a corruptelas, compadrazgos o compromisos de politiquería. Tenemos que lamentar que motivos políticos, de amistad, turno de magistrados, influencias sindicales, etcétera, sean los que en ocasiones decidan el nombramiento de los jueces, comentaba uno de estos ilustres catedráticos" (Gómez Lara, Cipriano, "Carrera judicial, consejos de la judicatura y escuelas judiciales", en López Olvera, Miguel Alejandro y Cienfuegos Salgado, David (coord.) *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho procesal*, México, UNAM, 2005, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1624/10.pdf*

8 Véase Carpizo, Jorge, "Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional, del 31 de diciembre de 1994", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXVIII, núm. 83, mayo-agosto de 1995, *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3367/*

9 Véase Caballero Juárez, José Antonio, *La Reforma Judicial 2021. ¿Hacia dónde va la justicia?*, México, UNAM, 2021, pp. 81-128, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/14/6578/7.pdf*

Dicho mecanismo, garantizaba que las personas seleccionadas tuvieran los conocimientos, habilidades, actitudes y la experiencia práctica, necesarias para impartir justicia. La labor de las personas juzgadoras requiere una altísima calidad profesional y ética, en la que además de tener sólidos conocimientos jurídicos, se requiere de experiencia práctica para resolver pronto y de la mejor manera las controversias sujetas a su jurisdicción, en juzgados y tribunales que, por regla general, tienen mucho trabajo y las curvas de aprendizaje van en detrimento de los derechos de las personas justiciables. Además, cuando la designación de personas juzgadoras por este sistema se lleva a cabo por un órgano técnico con autonomía, como lo es el Consejo de la Judicatura Federal, se asegura la independencia de las personas ganadoras de los concursos de oposición, que no deben a nadie su designación, sino a sus propios méritos.

El propio sistema de carrera judicial obligaba a la capacitación constante a través de los distintos programas que impartía la Escuela Federal de Formación Judicial, así como incentivaba a las y los aspirantes a una plaza superior a obtener mayores grados académicos en otras instancias académicas, dado que también ello era motivo de evaluación para la designación de los candidatos.

La carrera judicial en su consolidación por 30 años en el Poder Judicial de la Federación, como mecanismo óptimo para la protección de los derechos de la ciudadanía, se pudo lograr también a través del respeto de otras garantías judiciales, como una adecuada remuneración irreductible que hacía atractiva esta actividad para las y los mejores juristas del país como plan de vida, aunado a un régimen disciplinario ajustado a estándares internacionales, el suministro adecuado de los insumos para prestar el servicio y la estabilidad en la adscripción, entre otros.

Este sistema se complementaba con la normatividad, políticas públicas y acciones contundentes llevadas a cabo por el Consejo de la Judicatura Federal para el combate a la corrupción y el nepotismo, a la supervisión y rendición de cuentas, a través de la obligación de presentar anualmente las declaraciones patrimoniales, de conflicto de intereses y de relaciones familiares; las dos visitas de inspección que se hacen a los órganos jurisdiccionales anualmente; el sistema de quejas y denuncias, incluso anónimas;

que pueden generar sanciones que pueden llevar hasta la destitución e inhabilitación y la vista al Ministerio Público para la integración de la carpeta de investigación correspondiente, además de las acciones de transparencia que abarcan la publicidad de todas las sentencias dictadas y el acceso a las audiencias de los tribunales, ya sea en forma presencial o remota por internet.

La Escuela Federal de Formación Judicial hizo público un estudio que señala que entre 1996 y 2024 se han realizado 113 concursos de oposición para personas juzgadoras federales. Participado en ellos 37,451 personas en ellos y se designaron por ese sistema 1,529 personas juzgadoras federales.[10] El resultado de estos esfuerzos es que, tal como se menciona en la exposición de motivos de la iniciativa —aunque de forma ilógica no se le da valor—,[11] el Consejo de la Judicatura Federal año con año viene haciendo los *Estudios sobre la Percepción de la Calidad de los Servicios que prestan los órganos jurisdiccionales federales*, en los que a través de una muestra estadística importante se evalúan varios aspectos. En la realizada en 2023, la percepción de calidad es del 96.1% y la de corrupción es de 1%, que se encuentra dentro del margen de error estadístico, congruente con las que se hicieron de 2015 a 2019 y que recopiló la Asociación Nacional de Jueces de Distrito y Jueces de Distrito del Poder Judicial de la Federación.[12] Lo relevante de estos estudios es que se hicieron con los verdaderos usuarios del servicio público de administración de justicia federal, con las personas de carne y hueso que en todo el país y en todos los órganos jurisdiccionales viven el trato y reciben el servicio. El Estudio de 2023 se hizo con 9,942 usuarios.

---

10 Escuela Federal de Formación Judicial, *Carrera Judicial, capacitación y mérito. Punto de encuentro en la reforma Judicia*l, México, EFFJ, julio de 2024, p. 11, *https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/CarreraJudicial/CarreraJudicialCapacitacionMerito.pdf*

11 *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión* correspondiente al lunes 5 de febrero de 2024, núm. 6457-15, año XXVII, anexo 15, *https://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/65/2024/feb/20240205-15.pdf*

12 Asociación Nacional de Jueces de Distrito y Jueces de Distrito del Poder Judicial de la Federación, *Estudios sobre la Percepción de la Calidad de los Servicios que prestan los órganos jurisdiccionales federales (2015.-2019),* México, Jufed, 2020, *https://jufed.org/wp-content/uploads/2021/11/JUFED_Reforma-al-Poder-Judicial-de-la-Federacion-2021.pdf*

Esta percepción es congruente con la que en general tiene la abogacía organizada del país.[13] Que veía en la justicia federal la única vía para enderezar entuertos de otras instancias.

En efecto, el poder revisor de la Constitución,[14] así como el legislador ordinario federal habían reconocido que la carrera judicial representaba uno de los pilares fundamentales de la administración de justicia en un Estado de derecho; se basaba en el mérito y la capacidad y era esencial para garantizar la independencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo, excelencia y paridad de género de las personas juzgadoras y evitar las curvas de aprendizaje.[15] Así, se reconoció como método óptimo para la

---

13 Muestra de ello han sido los diversos estudios y comunicados que sobre la reforma judicial han emitido la Barra Mexicana, Colegio de Abogados; el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados y la Asociación Nacional de Abogados de Empresas, agrupados en el Consejo General de la Abogacía Mexicana, *https://cgam.mx/wp-content/uploads/2024/08/Pronunciamiento-de-la-UIA_Reforma-Judicial.pdf https://www.jornada.com.mx/noticia/2024/08/22/politica/abogados-llaman-al-consenso-para-lograr-una-reforma-que-acerque-la-justicia-2219 https://la-lista.com/poder/reforma-judicial-es-regresiva-inviable-y-antidemocratica-barra-mexicana-colegio-de-abogados*

14 En la iniciativa presidencial de reforma judicial del 5 de diciembre de 1994 se sostuvo que "A fin de elevar la calidad profesional de quienes habrán de impartir justicia, mediante esta reforma se pretende elevar a rango constitucional la carrera judicial, de manera que en lo futuro el nombramiento, adscripción, y remoción de jueces y magistrados quede sujeta a los criterios generales, objetivos e imparciales que al respecto determinen las leyes". La importancia de la carrera judicial fue reiterada por las comisiones dictaminadoras y se resaltó que solo los méritos y desempeño profesional de los aspirantes, con exclusión de cualquier elemento de índole diversa, serán los factores que determinen su ubicación en el cuerpo judicial y se destaca que es un factor vital para los sistemas democráticos contemporáneos y que la designación de las personas juzgadoras estará sujeta a concursos de oposición, en donde demuestren su calidad profesional y académica (dictamen de 16 de diciembre de 1994 de las Comisiones Unidas de Justicia, de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, primera sección de la Cámara de Senadores), *https://bovmsilap.scjn.pjf.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativo.aspx?q=b/EcoMjefuFeB6DOaNOimNPZPsNLFqe0s7fey1FqrifDif5sC1wJ4+4jePEhlojg*

15 Véase Cossío Díaz, José Ramón y Fix Zamudio, Héctor, *Jurisdicción Federal y Carrera Judicial en México,* México, UNAM, 1996, *https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/87-cuadernos-para-la-reforma-de-la-jus-*

designación, al asegurar objetividad, equidad y transparencia, a través de la profesionalización, ya que impartir justicia es un oficio calificado que no solamente requiere amplios conocimientos jurídicos, sino de experiencia práctica jurisdiccional.

Aunado a las ventajas objetivas evidentes, al encomendar la labor de organizar tanto los concursos de oposición, a la Escuela Judicial Federal de formación judicial dependiente del Consejo de la Judicatura Federal se favorecía tanto la independencia externa, como interna, ya que ese proceso protege a toda la estructura judicial de influencias de otros poderes tanto públicos, como privados, al basarse exclusivamente en los conocimientos, habilidades, actitudes, méritos y experiencia práctica, de las y los candidatos; además, se reducía la influencia política y se fortalecía la independencia de las personas juzgadoras. Un sistema en el que ellas son seleccionadas por concursos de oposición, a través de una carrera judicial, en la que su designación no se debe a algún grupo o persona, sino solamente a su calidad profesional, favorece así, su independencia judicial en su vertiente interna.

Como cualquier otra obra humana era susceptible de mejorarse, pero destruirla, generará un retroceso muy sensible para

---

ticia-4-jurisdiccion-federal-y-carrera-judicial-en-mexico; Vázquez-Mellado García, Julio César, "Selección de jueces", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 37, 2024, pp. 81-95, *https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/viewFile/32131/2*; Rodríguez Padrón, Celso, "Referencias históricas sobre la Carrera Judicial", *Revista de Historia del Derecho*, México, núm. 45, 2021, pp. 101-123; Pérez López, Juan Manuel, "Jurisdicción Federal y Carrera Judicial en México", *Revista Mexicana de Justicia*, México, vol. 12, núm. 3, 2022, pp. 45-60; Fix-Fierro, Héctor, *El Poder del Poder Judicial y la modernización jurídica del México contemporáneo*, México, UNAM, 2020, pp. 415-458, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5856/21.pdf*; Ríos Figueroa, Julio, "El gobierno del Poder Judicial y la carrera judicial en México 1917-2017. Apuntes para una historia socio política", en Esquivel, Gregorio *et al*. (coords.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, t. 4. Estudios políticos, México, UNAM-Senado de la República, 2017, pp. 273-283, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4321/20*; Flores García, Fernando, "Sistemas de acceso a la judicatura en México" en V.V.A.A., *Justicia y Sociedad*, México, UNAM, 1994, pp. 217-266 *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/836/13.pdf*, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/836/14.pdf*.

la ciudadanía que demanda un sistema de administración de justicia efectivo, profesional e independiente. Dentro de las líneas generales para el fortalecimiento de la carrera judicial se podrían haber adoptado una serie de ajustes para permitir a la ciudadanía participar activamente en los procesos de evaluación, y fortalecer por medio de la formación y capacitación judicial que sus integrantes sean responsables de las decisiones que adopten frente a la sociedad y que sean sensibles a las problemáticas que aquejan a la ciudadanía, además que habría otras formas menos riesgosas para representar la pluralidad cultural, social e ideológica que conforman la nación para contar con un poder del Estado que constituya un pluralismo jurídico abierto, transparente, participativo, gratuito y con auténtica vocación de servicio público.[16]

La eficacia del sistema que teníamos de designación de personas juzgadoras por medio de concursos de oposición a través de la carrera judicial fue catalogado por Eugenio Raúl Zaffaroni, integrante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como modelo democrático contemporáneo de designación de jueces, cuando se hace por un órgano independiente con base en méritos y a través de la carrera judicial.[17] Pero además cumplía con los estándares internacionales de independencia. De forma ejemplificativa de ello la Relatora Especial de la Organización de las Naciones Unidas para la Independencia de Magistrados y Abogados (en adelante la Relatora Especial) sostuvo:

> Las decisiones sobre el nombramiento y el ascenso de los jueces deben adoptarse mediante un proceso transparente por parte de un Consejo Judicial o un órgano equivalente, independiente de los poderes legislativo y ejecutivo. El procedimiento de selección y nombramiento de jueces debe basarse en criterios objetivos previamente establecidos por la ley o por la autoridad competente.[18]

---

16 Pantin, Laurence, *20 recomendaciones para consolidar la carrera judicial*, México, México Evalúa, 26 de mayo de 2021, *https://www.mexicoevalua.org/wp-content/uploads/2021/05/presentacion-carrera-judicial-vf.pdf*

17 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit*., pp. 127 y 128.

18 Organización de las Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de la Relatora Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados, Margaret Satterwaite, Salvaguardar la independencia de los sistemas judiciales frente a los desafíos contemporáneos de la democracia*, 9 de abril de 2024, A/

A nivel regional, también la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene el referido estándar, al sostener que sobre la garantía de la independencia judicial es uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos en un sistema republicano, y para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución. Recuerda que el mecanismo de selección y destitución de los jueces debe ser coherente con el sistema político democrático en su conjunto.[19]

> En ese sentido, la Corte considera que cualquier demérito o regresividad en las garantías de independencia, estabilidad e inamovilidad de los jueces es inconvencional en cuanto su efecto se puede traducir en un impacto sistémico igualmente regresivo sobre el Estado de Derecho, las garantías institucionales y el ejercicio de los derechos fundamentales en general. La protección de la independencia judicial adquiere una relevancia especial en el contexto mundial y regional actual de erosión de la democracia, en donde se utilizan los poderes formales para promover valores antidemocráticos, vaciando de contenido las instituciones y dejando solo su mera apariencia.[20]

La relación entre las dimensiones externas e internas de la independencia judicial, a las que se volverá más adelante, las precisa a partir de la relación directa entre el aspecto institucional y el acceso y permanencia en sus cargos de quienes ejercen la judicatura, en condiciones generales de igualdad. A partir de lo anterior, la Corte ha señalado que de la independencia judicial se derivan las siguientes garantías en torno a la función de las autoridades judiciales: *i)* a un adecuado proceso de nombramiento; *ii)* a la estabilidad e inamovilidad en el cargo durante su mandato, y *iii)* a ser protegidas contra presiones externas.[21]

HRC/56/62, punto 70, inciso b) *https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g24/062/80/pdf/g2406280.pdf*

19 Corte IDH. *Caso Gutiérrez Navas y otros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2023. Serie C, núm. 514, párr. 102.

20 *Ibidem*, párr. 103.

21 *Ibidem*, párr. 104.

III. El fenómeno mundial de la captura del poder judicial

La Relatora Especial, en el informe de 9 de abril de 2024 que lleva por título: "Salvaguardar la Independencia de los Sistemas Judiciales frente a los Desafíos Contemporáneos a la Democracia", documenta que a nivel global se está presentando el fenómeno político de modificar para capturar o frenar las instituciones de justicia que califica como una amenaza sistémica para la gobernanza participativa, ya que la erosión de la separación de poderes puede menoscabar la independencia y la legitimidad de los tribunales, junto con su capacidad para servir de contrapeso al poder político y supone un riesgo especialmente grave para los valores democráticos cuando se produce en los tribunales supremos y constitucionales, que a menudo desempeñan el papel más importante en lo que se refiere al contrapeso del poder del Estado, el examen de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración y la resolución de litigios electorales. En el informe documenta dos tipos de reformas:

> 24. El primer tipo de reforma se produce **cuando las normas que rigen los nombramientos judiciales se modifican para aumentar la influencia de los poderes ejecutivo y/o legislativo.** En los Estados en que los consejos de la judicatura son los encargados de nombrar a los jueces, el riesgo de apropiación puede surgir cuando los poderes políticos adquieren un mayor control sobre los procedimientos de nombramiento y destitución de los miembros de dichos consejos, cuando su composición se modifica para incluir a representantes de los poderes políticos o a personas afines a ellos **o cuando los consejos se disuelven o se sustituyen...** Sea cual fuere la reforma introducida, los riesgos de apropiación de los tribunales aumentan con cualquier cambio legislativo o de políticas que altere las normas de selección de los miembros de la judicatura con el fin de incrementar las posibilidades de nombramiento en función de la afiliación política (percibida) de los jueces y en detrimento de los criterios y procesos objetivos y basados en el mérito.
>
> 25. El segundo tipo de reforma que aumenta el riesgo de apropiación de los tribunales al modificar la composición de la judicatura **es la creación politizada de nuevas vacantes que permitan a los poderes políticos nombrar a jueces considerados más leales a sus obje-**

tivos, ya sea ampliando el tamaño o el número de tribunales o destituyendo a jueces en ejercicio. Algunos ejemplos son los intentos por destituir o acusar de una infracción grave a jueces en ejercicio; la aprobación de leyes que facilitan al poder político la destitución de jueces; la negativa de administraciones entrantes a reconocer a los jueces nombrados por administraciones anteriores; y la aplicación de nuevas leyes que modifican o rebajan la edad de jubilación obligatoria de los jueces en ejercicio El poder ejecutivo también puede tratar de imponer un límite a los mandatos de los jueces o modificar la duración del servicio de los jueces en ejercicio [...].

28. **Las medidas dirigidas a reducir en general las facultades del poder judicial también son susceptibles de anular la capacidad de los sistemas de justicia para defender el estado de derecho.** Entre las reformas que merman la fuerza de los tribunales pueden figurar la eliminación o restricción de su competencia para revisar la legislación o los actos ejecutivos; la limitación del control judicial en determinadas categorías de casos políticamente sensibles, como los relacionados con los delitos de terrorismo, la inmigración o las solicitudes de asilo; la autorización a los poderes ejecutivo o legislativo para anular decisiones judiciales; la imposición de criterios de examen menos estrictos; o la aprobación de leyes que blinden al derecho común frente al control de constitucionalidad. **Entre las medidas dirigidas a restringir el poder de los sistemas judiciales pueden figurar una reducción significativa de los recursos, un aumento de la carga de trabajo o el bloqueo o el retraso de la publicación de las resoluciones judiciales con el fin de limitar la repercusión de la labor del poder judicial.** Por último, las medidas dirigidas a entorpecer la acción de los tribunales y a apropiarse de ellos pueden implementarse de forma combinada, por ejemplo si el Estado decide no aplicar las resoluciones judiciales hasta que se adopten disposiciones para cambiar la composición de un tribunal No obstante, si dichos cambios aumentan la influencia de determinadas perspectivas o tendencias políticas en la labor diaria de los tribunales y los jueces, debe interpretarse que aumentan el riesgo de autocratización a través de la apropiación de los tribunales o el entorpecimiento de su acción. (énfasis añadido).[22]

Tal parece que este Informe de la Relatora fuera la hoja de ruta que siguió la reforma constitucional al Poder Judicial en Mé-

[22] Organización de las Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de la Relatora Especial sobre la Independencia de los Magistrados..., cit*.

xico, que destituyó masivamente a las personas juzgadoras federales,[23] eliminó el sistema de designación por concursos de oposición, mediante la carrera judicial por un nuevo mixto con plena participación de los poderes políticos del Estado,[24] desapareció al Consejo de la Judicatura Federal,[25] creó un órgano inquisitivo de disciplina judicial,[26] eliminó las garantías judiciales de inamovilidad[27] e irreductibilidad de sus remuneraciones,[28] redujo el número de integrantes de la Suprema Corte[29] y desapareció sus Salas,[30] eliminó la sala especializada del Tribunal Electoral[31] y limitó los efectos de las medidas cautelares en los procesos constitucionales,[32] por lo que, sin duda, se está frente al caso más emblemático de vulneración a la independencia judicial en el mundo.[33]

---

23 Artículo segundo transitorio, primer párrafo.

24 Artículo 96.

25 Artículo 94, segundo párrafo.

26 Artículo 100.

27 Artículo 97.

28 Artículo séptimo transitorio.

29 Artículo 94, tercer párrafo.

30 *Idem*.

31 Artículo 97.

32 Artículos 105, último párrafo y 107, fracción X.

33 Debe destacarse que uno de los propósitos centrales de los líderes populistas es la deconstrucción institucional y la erosión del sistema de pesos y contrapesos: "todas las instituciones capaces de contener y controlar la voluntad desenfrenada del populista son objeto de desconfianza y, a veces, de ataques descarados y de intentos de desautorizarlas." La intencionalidad es concentrar el poder en el autócrata y conservarlo para sí o para sus sucesores (Naím, Moisés, *La revancha de los poderosos*, México, Penguin Random House Grupo Editorial, 2022, p. 20). En las democracias, el poder judicial tiene una función de árbitro neutral, pero si el control queda en manos de personas leales a un autócrata en potencia, puede servir para sus objetivos y proteger al Gobierno frente a investigaciones o demandas legales que, en un caso extremo, podrían llevar a su revocación de poder. "El presidente puede infringir la ley, amenazar los derechos de la ciudadanía e, incluso, saltarse la Constitución, sin tener que preocuparse porque tales excesos sean investigados o censurados". Apresar a los árbitros como a los jueces proporciona a un Gobierno antidemocrático algo más que un escudo, ya que con ello cuenta con una poderosa arma que le permite aplicar la ley de manera selectiva para castigar a sus adversarios, al tiempo de proteger a sus

IV. Consideraciones sobre la reforma

La reforma judicial partió de un diagnóstico inadecuado y propuso una pésima solución, que además es costosísima, tortuosa, regresiva e inconvencional, al comprometer seriamente tanto la independencia externa del Poder Judicial de la Federación en su conjunto, como la interna de las personas juzgadoras federales, no resolverá los problemas que menciona en la exposición de motivos de la iniciativa presentada el 5 de febrero de 2024 y acentuará los que afectan al poder judicial y solamente tiene intencionalidades políticas de venganza[34], purga, cooptación[35] y caos.[36] Además, lo más grave es que esta reforma va a incremen-

aliados. El apoderamiento del poder judicial, en varias latitudes, mediante el despido directo de los funcionarios independientes y su sustitución por personas leales, el soborno a algunos para proteger las acciones cuestionables del autócrata, las acusaciones entabladas contra otros para purgar los órganos jurisdiccionales de personas juzgadoras independientes, ampliando el número de integrantes de los tribunales o elevando el porcentaje de votación requerida para anular una decisión gubernamental y, como estrategia extrema, arrasar a los tribunales establecidos y sustituirlos por unos nuevos. Todo ello, desde luego, en demérito de un poder judicial independiente, como contrapeso esencial de un estado democrático (Levitsky, Steven y Ziblat, Daniel, *Cómo mueren las Democracias*, México, Ariel, 2018, pp. 96-98). En la misma lógica de apoderamiento o captura del poder judicial por los Gobiernos populistas consultar: Albrighrt, Madeleine, *Fascismo, una advertencia*, México, Paidós, 2020; Applebaum, Anne, *El ocaso de la democracia. La seducción del autoritarismo*, México, Penguin Random House Grupo Editorial, 2021; Mounk, Yascha, *El pueblo contra la democracia*, Barcelona, Espasa libros, 2018; Nussbaum, Martha C., *La monarquía del miedo*, Barcelona, Planeta, 2019; Snyder, Timothy, *El camino hacia la no libertad*, Barcelona, Galaxia Gutemberg, 2019; Urbinati, Nadia, *Yo, el pueblo. ¿Cómo el populismo transforma la democracia?*, México, Libros Grano de Sal, 2020 y Werner Müller, Jan, *¿Qué es el populismo?*, México, Libros Grano de Sal, 2017.

34 Ver Volpi, Jorge, "Justicia y venganza", *Reforma*, 15 de junio de 2024.

35 Se coincide en este aspecto con Martín Reyes, Javier, "La elección popular de los poderes judiciales en México. Breve radiografía del 'Plan C'", en López Ayllón, Sergio *et al*. (coords.), *op. cit.,* pp. 319-332.

36 El modelo de designación que se propone está claramente influenciado por la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, promulgada por el presidente Evo Morales el 7 de noviembre de 2009 que establece que los 28 cargos del Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal Constitucional,

tar la falta de acceso y el tratamiento de los más débiles en el sistema de justicia.

En principio, su implementación requiere muchos recursos presupuestarios. En el Senado, en su momento, Ricardo Monreal Ávila hablaba de tres mil a tres mil quinientos millones de pesos; la entonces candidata electa de siete mil; la Suprema Corte de treinta mil y el INE simplemente durante la discusión de la enmienda no sabía, pero estimaba que costaría lo que una elección presidencial.[37] Más recientemente, el referido Instituto señaló que la elección extraordinaria de 2025 costará 13 mil millones de pesos,[38] lo que representará un 46% más que la elección general del pasado 2 de junio de 2024 que fue la más grande en la historia del país.[39] Es una elección costosísima, sin un análisis previo de costo-beneficio, para un país con tantas carencias y en medio de un entorno económico tan desfavorable solo se justifica por su intencionalidad política, tal como se ha expuesto.

El costo tan elevado de dicha elección extraordinaria programada a celebrarse el primer domingo de junio del 2025 se justifica en razón de que, si se llevará a cabo tal como se tiene prevista en el decreto, sería para designar en total 940 puestos de entre 5,274 candidatas y candidatos. Se explica: en dicho proceso, se elegirán 9 ministras o ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5 magistradas o magistrados del Tribunal de Disciplina y 2 magistradas o magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral. Cada poder de la unión podrá postular

---

el Tribunal Agroambiental y el Consejo de la Magistratura, y 28 suplentes se eligen por un sistema mixto entre preselección de candidatos y voto popular.

37 Badillo, Diego, "Reforma Poder Judicial: Elección de jueces costaría hasta 30,000 mdp; sus liquidaciones más de 8,000 mdp", El economista, 2024, *https://www.eleconomista.com.mx/politica/Reforma-Poder-Judicial-Eleccion-de-jueces-costaria-hasta-30000-mdp-sus-liquidaciones-mas-de-8000-mdp-20240727-0045.html*

38 *https://www.msn.com/es-mx/noticias/mexico/ine-prev%C3%A9-costo-de-13-mil-mdp-para-elecci%C3%B3n-judicial-pero-en-sesi%C3%B3n-p%C3%BAblica-omite-detalles/ar-AA1sZoo1*

39 *Revista Punto de Vista,* "La elección de jueces costará un 46% más que la de 2024", *https://revistapuntodevista.com.mx/seccion/mexico/la-eleccion-de-jueces-costara-un-46-mas-que-la-de-2024/865317/*

hasta tres candidatos por cada una de dichas 16 posiciones, por lo que se postularán 144 candidatos, lo que será constante a nivel nacional.

En 2025, además se deberán elegir 855 personas juzgadoras para tribunales colegiados, juzgados de distrito y salas regionales del Tribunal Electoral que se tiene que hacer por circuitos,[40] por ejemplo, en el primer circuito judicial, se tendrán que elegir 3 magistradas y magistrados de la Sala Regional del Tribunal Electoral, 104 magistradas o magistrados de tribunal colegiado (de circuito y de apelación); 127 juezas o jueces de distrito, esto es un total de 234 posiciones; cada poder de la unión designará 2 candidatos para cada puesto, lo que sumaría 1,404 candidatas o candidatos, que además de los 144 del nivel nacional, en la Ciudad de México se repartirán a los electores una boleta o boletas, o diría yo, un folleto de 1,588 aspirantes.

Es decir, es un ejercicio que no asegura una valoración individual de las y los candidatos, con el electorado, dado que no se conocerán, ni podrá haber un verdadero conocimiento de quienes son y sus méritos.

Lo tortuoso del sistema deriva que finalmente en las boletas se identificará el órgano que propuso a la o el candidato, conforme al mismo segundo transitorio del decreto. Como ya se puntualizó, la reforma en la porción que contempla para la designación de las personas juzgadoras federales, técnicamente correspondería a una categoría de sistema mixto, dado que, por una parte son el poder ejecutivo, el poder legislativo y la Suprema Corte, quienes designan a dos candidatos por cada puesto vacante a través de sus comités de evaluación,[41] para definir a las y los que finalmente competirían en la elección popular; esta situación debe subrayarse porque con tal participación se advier-

[40] Cabe señalar que el decreto es omiso en señalar el sistema de postulación de candidatos a las Salas Regionales del Tribunal Electoral. En este ejercicio, asumimos que será el aplicable a las personas juzgadoras federales.

[41] El inciso c) de la fracción II del artículo 96, establece que los comités de evaluación designarán a las y los candidatos mejor evaluados, pero si estos resultan en mayor número de los que corresponden a cada poder será por tómbola, los que finalmente pasarán a la boleta.

te que no se está ante un sistema propiamente de democracia directa, sino de intervención de otros poderes en la conformación del Poder Judicial de la Federación, por lo que las posibles ventajas abstractas del sistema de elección popular de personas juzgadoras, deben matizarse, ya que el propuesto vulnera aún más la independencia de la judicatura, dado que es obvio que para poder ser designados candidatos para participar en la elección correspondiente, se tendrá que hacer una labor de cabildeo previo, con los correspondientes compromisos para lograrlo, de forma que las ventajas de democratización por la participación popular, la legitimidad y confianza, rendición de cuentas y diversidad del sistema electoral, que se advierten de un mecanismo de selección por voto popular, en el caso de la reforma que se comenta quedan en un segundo plano; la intromisión, por lo menos de dos de los poderes del unión en el proceso de designación de las personas juzgadoras, incluso de la Suprema Corte, con un partido hegemónico en el poder ejecutivo y legislativo, no garantiza que no haya una situación de dependencia o agradecimiento al órgano o grupo que apoyó o hizo la propuesta de la candidatura.

Además, después del periodo de transición 2025 y 2027, las elecciones judiciales se harán en la misma temporalidad que las elecciones generales federales, lo que genera que el partido hegemónico refleje sus preferencias en los propuestos por el titular del poder ejecutivo o del legislativo.

Sin duda que el sistema mixto que dispone la enmienda constitucional para la designación de las personas juzgadoras federales introduce la política partidista en la selección judicial, pese a las disposiciones en contrario, ya que, en un primer momento, será el partido hegemónico el que imponga sus candidatas o candidatos en la preselección realizada por los comités de evaluación del poder ejecutivo, legislativo y quizá hasta de la propia Suprema Corte, después del período de transición. Posteriormente las y los participantes en el proceso electoral para poder ganar, de manera velada o disimulada aprovecharán la estructura y recursos de los partidos políticos, principalmente del hegemónico o del Gobierno, por lo que podrían verse presionados para alinearse con ellos o con ciertos grupos de interés o del crimen organizado para obtener votos, por lo que se expone a las personas juzgado-

ras a influencias indebidas y corrupción.[42] Esta consecuencia del sistema que recoge la reforma es todavía más peligrosa para la independencia de las personas juzgadoras federales por el clima de inseguridad y la fuerte presencia del crimen organizado en el país.[43]

Además, la Relatora de Naciones Unidas en el OL 11/2024 de 29 de julio de 2024,[44] precisa:

> Adicionalmente, la elección popular de jueces podría incrementar el riesgo de que los candidatos a magistrados busquen complacer a los votantes o a patrocinadores de campañas con el fin de incrementar sus posibilidades de reelección, en lugar de tomar decisiones fundamentadas exclusivamente en principios y normas jurídicas. Tales dinámicas suponen riesgos significativos para la imparcialidad de las decisiones judiciales y podrían socavar aún más la confianza pública en una judicatura que ya enfrentaría desafíos relacionados con su reputación e integridad. Este riesgo es especialmente plausible dado que la reforma no establece procedimientos para la conducta que deberá observarse en las campañas. Si bien la iniciativa de reforma hace referencia a los sistemas de selección judicial de otros dos Estados como ejemplos que promueven la democracia, el Consejo de Derechos Humanos ha expresado sus preocupaciones con relación a la selección de magistrados en uno de dichos Estados [Estados Unidos]. El ex Relator Especial sobre la independencia de magistrados y abogados, Diego García-Sayán, ha manifestado su preocupación sobre el sistema de selección judicial en el otro Estado mencionado [Bolivia].

---

42 Alzaga, Ignacio, "Elección de ministros y jueces por voto popular aumenta riesgo de corrupción", *La Silla Rota*, 9 de diciembre de 2023, *https://lasillarota.com/nacion/2023/12/9/eleccion-de-ministros-jueces-por-voto-popular-aumenta-riesgo-de-corrupcion-expertos-459738.html*

43 En la última elección general del 2 de junio fueron asesinados 36 candidatos a puestos de elección popular, *Animal Político,* "Estos son los 36 casos de candidatos asesinados en el proceso electoral 2023-2024", 3 de junio de 2024, *https://www.animalpolitico.com/elecciones-2024/violencia-electoral/candidatos-asesinados-proceso-electoral-2024*

44 Mandato de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Ref. OL MEX 11/2024, *https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadPublicCommunicationFile?gId=29251*

Tampoco asegura la capacidad profesional y técnica o el interés en cumplir con los deberes constitucionales de las y los seleccionados, ya que el mecanismo propuesto no se basa en su idoneidad, sino en la habilidades o nexos o compromisos políticos de ellos, en detrimento de la eficiencia y eficacia del servicio público.[45] Aunque la elección popular en abstracto puede aumentar la percepción de legitimidad democrática, las personas juzgadoras elegidas pueden carecer de la preparación especializada, la experiencia técnica, habilidades y actitudes necesarias; por el gran número de candidatas y candidatos a cada puesto es previsible que los electores pueden no estar completamente informados sobre ellos lo que podría afectar la calidad de la selección.

También es previsible que las elecciones judiciales no sean de interés de la ciudadanía, por lo que se caractericen por el abstencionismo, tal como se ha venido presentando en Bolivia. Cabe recordar que en su momento, el Relator de las Naciones Unidas, hizo una visita ese país y sobre este sistema que está recogiendo la reforma constitucional, dice que la elección por sufragio universal de integrantes de las Altas Cortes y el Consejo de la Magistratura establecida en la Constitución de 2009, no ofrece las garantías suficientes para evitar injerencias políticas, no asegura el nombramiento de personas idóneas a los cargos, ni ha generado legitimidad en los procesos de votación popular marcados por el ausentismo y el voto nulo o en blanco.[46] Efectivamente en Bolivia, a partir de esa Constitución se han realizado elecciones judiciales, con resultados negativos, incluida la reproducción de

[45] El artículo 97, segundo párrafo del decreto de reforma rebajó los requisitos para ser postulado persona juzgadora a contar con la ciudadanía mexicana, con título de licenciatura con promedio mínimo de 8 o nueve en estudios de la especialidad, solamente para magistrada o magistrado se estableció el requisito de práctica profesional de tres años, gozar de buena reputación, no haber sido condenado por delito doloso y no haber ocupado determinados cargos públicos.

[46] Organización de las Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados, Visita al Estado Plurinacional de Bolivia*, del 11 de mayo de 2022, A/HC/50/36/Add1*, punto 102, *https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g22/338/73/pdf/g2233873.pdf?token=095jTwfD0Wa6BExDVw&fe=true*

vicios electorales y la falta de legitimación popular real.[47] En efecto, se han celebrado dos elecciones judiciales en 2011 y 2017, en las que ha sido imposible despolitizar el sistema de preselección de los candidatos, por la aplastante mayoría de un partido. La elección de 2023 tuvo que ser pospuesta por falta de consensos dentro de dos facciones del partido hegemónico. Se ha criticado el poco conocimiento ciudadano del proceso y de los perfiles de los participantes, y aunque en Bolivia es obligatorio votar, con nada más 28 candidatos propietarios y 28 suplentes ha llevado a un decisivo rechazo del modelo en las urnas. En 2011, 57.6% de los votos fueron nulos y en 2017 se incrementó a 64.98%.[48]

Esta situación aunada a que, por limitación de recursos presupuestarios, no se instalen las casillas necesarias para que fácilmente se pueda acudir al sufragio, podría favorecer que grupos políticos o de interés o criminales operen, el día de la elección para movilizar personas instruidas en sufragar por determinados candidatos o candidatas.

Se sostiene que esta enmienda generará el caos en el sistema de administración de justicia, dado que, a esta delicada y trascendente función para la vida, la libertad, el patrimonio de las personas y demás derechos, llegarán a personas juzgadoras sin experiencia, sin los conocimientos habilidades y actitudes necesarias para resolver pronto y de la mejor manera los asuntos sometidos a su jurisdicción; las curvas de aprendizaje retrasarán la resolución de asuntos y el rezago será la constante, lo que incrementará la inconformidad social.

---

47 Véase Tapia Olivares, Luis Eliud, "Análisis de los procesos fallidos de elección popular en las altas cortes de Bolivia", *Nexos,* enero 22 de 2024, *https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/bolivia-y-la-eleccion-popular-en-sus-altas-cortes-tres-procesos-fallid*; Molina, Fernando; "La elección popular de jueces en Bolivia se atasca en el Congreso", *El País,* 30 de agosto de 2023, *https://elpais.com/internacional/2023-08-31/la-eleccion-popular-de-jueces-en-bolivia-se-atasca-en-el-congreso.html*; Orias, Ramiro, "Reforma judicial en Bolivia: algunas cuestiones para el análisis", *Guardiana,* 4 de agosto de 2021, *https://guardiana.com.bo/opinion/reforma-judicial-en-bolivia-algunas-cuestiones-para-el-analisis/*

48 Rodríguez Mondragón, Reyes, "Lecciones de EU, Bolivia y Japón para la elección judicial de México", *Periódico Reforma*, 20 de octubre de 2024.

Desde luego que esta reforma preocupa a los mercados internacionales por la debilidad que va a generar en el sistema de administración de justicia y con ello una mayor percepción de riesgo en el país.[49] Contar con un robusto sistema de administración de justicia profesional e independiente, confiable y predecible, es una condición para un adecuado clima de negocios y el crecimiento económico de México.[50] Es obvio que el respeto al Estado de derecho y la seguridad pública son dos variables que necesariamente son tomadas en cuenta para determinar si es viable o no la instalación en nuevas fuentes de trabajo en nuestro territorio. No contar con una adecuada administración de justicia, puede

[49] De manera ilustrativa consultar: Gónzález, Luis Miguel, "El clamor de las urnas el rugido de los mercados", *El Economista*, 18 de junio de 2024, *https://www.eleconomista.com.mx/opinion/El-clamor-de-las-urnas-el-rugido-de-los-mercados-20240618-0147.html;* Esquivel, Gerardo, "Impacto económico de las reformas", *Milenio*, 9 de noviembre de 2024, *https://www.milenio.com/opinion/gerardo-esquivel/otros-angulos/impacto-economico-de-las-reformas#:~:text=La%20inversi%C3%B3n%20privada%2C%20tanto%20dom%C3%A9stica%20como%20extranjera%2C%20ser%C3%A1,-conducci%C3%B3n%20macroecon%C3%B3mica%20al%20inicio%20de%20la%20pr%C3%B3xima%20administraci%C3%B3n*; Schettino, Macario, "Septiembre", *El Financiero*, 2 de septiembre de 2024, *https://www.elfinanciero.com.mx/opinion/macario-schettino/2024/09/02/septiembre/;* Mares, Marcos A., "Reforma Judicial; consecuencias a fuego lento", *EL Economista*, 13 de septiembre de 2024, *https://www.eleconomista.com.mx/opinion/Reforma-judicial-consecuencias-a-fuego-lento- 20240913-0003.html;* y González, Luis Miguel, ¿Cuál será el costo económico de la reforma al poder Judicial?, *El Economista*, 21 de agostos de 2024, *https://www.eleconomista.com.mx/opinion/Cual-sera-el-costo-economico-de-la-reforma-al-Poder-Judicial-20240821-0013.html*

[50] En la primera plana del ejemplar del periódico "El Universal", correspondiente al jueves 1 de agosto del 2024, se daba cuenta que el "Peso acumula dos meses de pérdidas por reforma judicial. Es la divisa con mayor depreciación." Lo que denota la preocupación de los mercados internacionales por esta enmienda que debilita un contrapeso democrático y un defensor de derechos humanos. En el mismo sentido, el 19 de julio de este mismo año se dio a conocer el comunicado de la calificadora Fitch que asignó la de BBB- para la deuda soberana de México, con perspectiva estable, pero hace notar el elevado déficit público y su rigidez, los pasivos contingentes de Pemex y que le reforma judicial "afectará negativamente el perfil institucional de México y su debilitada gobernabilidad", *https://www.fitchratings.com/research/sovereigns/fitch-affirms-mexico-at-bbb-outlook-stable-18-07-2024*

minar seriamente la confianza de los inversionistas nacionales y extranjeros.[51] Al respecto, el Instituto Mexicano de Especialistas en Finanzas en un reporte dado a conocer el 19 de junio de 2024, destaca esta situación como limitante de la inversión privada e indica que una trasformación del sistema de justicia debe generar que sea capaz de resolver conflictos entre particulares, sancionar a quienes cometan delitos, debe haber un mecanismo que permita ampararse contra actos de autoridad, para litigar controversias y que haya posibilidad de dirimir disputas comerciales en tribunales expertos, sin ello, se limitaría de nueva cuenta el crecimiento económico; la incertidumbre genera graves consecuencias, como las que ahora no solamente se perciben en el tipo de cambio, el índice de las bolsas de valores y en el mercado de valores gubernamentales, ya que el Gobierno mexicano está siendo obligado a pagar una tasa de interés más onerosa [52] por este clima nada propicio. Esta fuerte reacción económica es la muestra palpable que, con todas sus deficiencias, existe confianza, por lo menos, en los órganos jurisdiccionales federales y alterar la forma de designación de sus titulares si genera preocupación.

Lejos de democratizar la justicia, combatir la corrupción, las influencias de los grupos de interés y el crimen organizado, las institucionalizará, perjudicando a los que menos tienen y a los más débiles. Al no asegurar la independencia y el profesionalismo de las personas juzgadoras electas, serán comunes las resoluciones sin sentido, absurdas, fuera de técnica legal, dictadas por los compromisos políticos, económicos o criminales.

Esta reforma traerá la muerte del derecho en México, porque finalmente, si después de un largo camino, una controversia

---

51 La Confederación Patronal de la República Mexicana (COPARMEX), que es el sindicato patronal más grande del país, en un comunicado de 5 de noviembre calculó que la reforma judicial generará que se dejen de invertir en el país, 35 mil millones de dólares, *https://www.sdpnoticias.com/negocios/coparmex-sentencia-la-reforma-al-poder-judicial-con-perdida-de-35-mil-millones-de-dolares/*

52 En la última colocación de bonos gubernamentales a 30 años se obligó a pagar a México una tasa del 10.16%, no visto desde noviembre de 2022 que se pagó 9.94% *https://www.msn.com/es-mx/dinero/noticias/tasa-del-bono-a-30-a%C3%B1os-alcanza-m%C3%A1ximo-hist%C3%B3rico-por-riesgo-de-las-reformas-constitucionales-banco-base/ar-BB1osEjL*

jurisdiccional no se resolverá en condiciones de igualdad, con parámetros estrictamente jurídicos, sin presiones, y si el que va a decidir al final, no lo va a hacer con independencia y profesionalismo, el derecho se muere. De nada servirán las previsiones del legislador y las habilidades de los litigantes, si la persona juzgadora no tiene los conocimientos, habilidades actitudes y experiencia práctica necesarias y no tiene la posibilidad de rechazar las influencias extrañas al derecho provenientes del sistema social, dado que el puesto se lo debe a un grupo político, de interés o al crimen organizado. Hay una frase que retrata el fenómeno que generará la reforma: "cuando la política entra por la puerta, la justicia sale por la ventana".

Referencias

Albrighrt, Madeleine, *Fascismo, una advertencia*, México, Paidós, 2020.

Angulo Jacobo, Luis Fernando, *Selección y designación de Jueces de Distrito*, México, Porrúa, 2013.

Applebaum, Anne, *El ocaso de la democracia. La seducción del autoritarismo*, México, Penguin Random House Grupo Editorial, 2021.

Arredondo Elías, Juan Manuel, *El acceso a la función jurisdiccional: formación y selección de jueces*, México, Consejo de la Judicatura Federal, 2005.

Caballero Juárez, José Antonio, *La Reforma Judicial 2021. ¿Hacia dónde va la justicia?*, México, UNAM, 2021.

Carpizo, Jorge, "Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional, del 31 de diciembre de 1994", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXVIII, núm. 83, mayo-agosto de 1995.

Corte IDH. *Caso Gutiérrez Navas y otros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2023. Serie C, núm. 514.

Cossío Díaz, José Ramón y Fix Zamudio, Héctor, *Jurisdicción Federal y Carrera Judicial en México*, México, UNAM, 1996.

Escuela Federal de Formación Judicial, *Carrera Judicial, capacitación y mérito. Punto de encuentro en la reforma Judicial*, México, EFFJ, julio de 2024.

Escuela Libre de Derecho, *Estudios sobre la Reforma Judicial,* México, ELD, 2024.

Fix-Fierro, Héctor, *El Poder del Poder Judicial y la modernización jurídica del México contemporáneo*, México, UNAM, 2020.

Flores García, Fernando, "*Sistemas de acceso a la judicatura en México*" en V.V.A.A., *Justicia y Sociedad*, México, UNAM, 1994.

Gómez Garrido, Luisa María, *Independencia Judicial: el espacio de la discreción*, Barcelona, Atelier, 2020.

Gómez Lara, Cipriano, "Carrera judicial, consejos de la judicatura y escuelas judiciales", López Olvera, Miguel Alejandro y Cienfuegos Salgado, David (coord.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho procesal*, México, UNAM, 2005.

Levitsky, Steven y Ziblat, Daniel, *Cómo mueren las Democracias, México*, Ariel, 2018.

Martín Reyes, Javier, "La elección popular de los poderes judiciales en México. Breve radiografía del 'Plan C'", en López Ayllón, Sergio *et al*. (coords.), *Análisis técnico de las 20 iniciativas de reformas constitucionales y legales presentadas por el presidente de la República (febrero 5, 2024),* México, UNAM, 2024.

Molina García, René, "Gobierno Judicial y áreas de tensión con otros poderes del Estado", en Nieva Fenoll, Jordi y Oteiza, Eduardo (dirs.), *La independencia judicial: un constante asedio*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

Mounk, Yascha, *El pueblo contra la democracia*, Barcelona, Espasa libros, 2018.

Nussbaum, Martha C., *La monarquía del miedo*, Barcelona, Planeta 2019.

Organización de las Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de la Relatora Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados, Margaret Satterwaite, Salvaguardar la independencia de los sistemas judiciales frente a los desafíos contemporáneos de la democracia*, 9 de abril de 2024, A/HRC/56/62.

Pérez López, Juan Manuel, "Jurisdicción Federal y Carrera Judicial en México", *Revista Mexicana de Justicia*, México, vol. 12, núm. 3, 2022.

Ríos Figueroa, Julio, "El gobierno del Poder Judicial y la carrera judicial en México 1917-2017. Apuntes para una historia socio política", en Esquivel, Gregorio *et al.* (coords.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, t. 4, Estudios políticos, México, UNAM-Senado de la República, 2017.

Rivera Santivañez, José Antonio, "Sistema de nombramiento del Juez Constitucional", en Ferrer MacGregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), *El Juez Constitucional en el Siglo XXI,* México, SCJN-IIJ-UNAM, 2000.

Rodríguez Padrón, Celso, "Referencias históricas sobre la Carrera Judicial", *Revista de Historia del Derecho*, México, núm. 45, 2021.

Snyder, Timothy, *El camino hacia la no libertad*, Barcelona, Galaxia Gutemberg, 2019.

Suprema Corte de Justicia de la Nación-Centro de Estudios Constitucionales, *Análisis de la iniciativa de reforma al Poder Judicial en México, Problemas asociados con la iniciativa de reforma constitucional del Poder Judicial presentada el 5 de febrero de 2024*, México, SCJN, 2024.

The Dialogue Leadership for the Americas; Stanford Law School. Rule of Law Impact Lab y Barra Mexicana-Colegio de Abogados, *Una amenaza a la Independencia Judicial. Análisis de la iniciativa de reformas constitucionales en México*, mayo de 2024.

Urbinati, Nadia, *Yo, el pueblo. ¿Cómo el populismo transforma la democracia?,* México, Libros Grano de Sal, 202.

Vázquez-Mellado García, Julio César, "Selección de jueces", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 37, 2024.

Werner Müller, Jan, *¿Qué es el populismo?,* México, Libros Grano de Sal, 2017.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Dimensión Política de un Poder Judicial Democrático", en Carbonell, Miguel *et al.* (comp.), *Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2004.

Las tres dimensiones de la jurisdicción dialógica desde la experiencia de América Latina

***

The three dimensions of dialogical jurisdiction from the Latin American experience

María Sofía Sagüés

Resumen: la jurisdicción constitucional, especialmente en América Latina ha gestado un vasto universo de modalidades de pronunciamientos y herramientas en los que abandona los despachos de tribunales y su fórmula adjudicativa de subsunción formal, y adopta una impronta "dialógica" en la que interactúa con otros poderes el Estado, tribunales, órganos internacionales e incluso sectores de la sociedad civil, tanto en la construcción deliberativa de la argumentación constitucional, como en la instrumentación de garantías o herramientas que concretizan los mandatos del bloque de constitucionalidad, y dan cuerpo a su fuerza normativa. Este diálogo puede revestir diversas dimensiones: colaborativa con otros poderes del Estado, deliberativa en la construcción de estándares constitucionales, o internacional con organismos de derechos humanos y tribunales supranacionales. Cada dimensión de diálogo demanda la actuación de principios y herramientas propias, que la caracterizan y legitiman, a cuya dimensión técnica apunta este trabajo.

Abstract: Latin-American's constitutional jurisdiction has developed a vast universe of modalities of decisions and procedures in which it abandons its adjudicative formula of formal subsumption, and adopts a "dialogical" imprint in which the courts interact with other branches of power, international

organizations and even civil society, both in the deliberative construction of the constitutional argumentation, and in the concretization of the mandates of the supreme law, and give substance to its normative force. This dialogue can have various dimensions: collaborative with other powers of the State, deliberative in the construction of constitutional standards, or international with human rights organizations. Each dimension of dialogue demands the action of its own principles and tools, which characterize and legitimize it, to whose technical dimension this work points.

Palabras clave: jurisdicción constitucional, diálogo jurisprudencial, jurisdicción dialógica.

Key words: dialogic jurisprudence, constitutional courts.

Sumario: I. Presentación preliminar. II ¿De qué hablamos cuando hablamos de diálogo? III. Dimensiones del diálogo jurisdiccional. IV. Jurisdicción dialógica colaborativa y el delicado balance de la división de funciones y el sistema de frenos de contrapesos. V. Jurisdicción dialógica colaborativa y principios de derecho constitucional en la interacción de los poderes del Estado. VI. Jurisdicción deliberativa. VII. Diálogo jurisprudencial. VIII. Palabras finales. Referencias.

I. Presentación preliminar

La argumentación jurisdiccional latinoamericana ha visto generar y robustecer un nuevo universo de modalidades de pronunciamientos y herramientas procesales en los que el desarrollo del discurso abandona los despachos de tribunales y la fórmula adjudicativa de subsunción formal, y se acerca a la realidad social, a los ámbitos de otros poderes del Estado, mediante la construcción de vías de comunicación, interacción y relación otrora vedados.

Esta nueva dinámica a través del ejercicio de una impronta "dialógica" (que ha sido denominada como "diálogo entre jueces", "diálogo interjurisdiccional", "sentencias dialógicas", entre otros), implica que la jurisdicción constitucional interactúa con

otros poderes el Estado, otros tribunales, órganos internacionales e incluso sectores de la sociedad civil, tanto en la construcción deliberativa de la argumentación constitucional, como en la instrumentación de garantías o herramientas que concretizan los mandatos de la ley suprema, y dan cuerpo a su fuerza normativa.

Diversos autores han puesto el acento en el aporte de deliberación, coordinación inter-poderes y democratización gestada por esta nueva dinámica de la jurisdicción constitucional como contraposición de una relación tensa, a punto tal de sostener que el "diálogo institucional entre los poderes del Estado [...] debiera reemplazar al maltrato, desconsideración o a la desconfianza".[1] Incluso se ha considerado el diálogo interinstitucional como pauta legitimadora del proceso de control de constitucionalidad llevado a cabo por el poder judicial,[2] y se ha puesto el acento en el diálogo público libre como pauta legitimante y democrática del sistema de generación de normas.[3]

Todo este universo de interconexiones o diálogos, sin duda disimiles, pero colindantes, posee un elemento en común, ya que implican desprenderse de la fórmula adjudicativa clásica de subsunción formal y racionalidad lógica que caracterizaba la argumentación constitucional, para construir nuevas modalidades de decisión jurisdiccional (modelo racional de fines o de necesidades, etc.), más complejas y en, en diverso grado, dialécticas. Sin embargo, es necesario discernir entre todas las experiencias de jurisdicción dialógica, a fin de dotar de sistematicidad al tema e identificar supuestos diversos, líneas comunes, así como patrones de actuación y, en definitiva, los principios y valores constitucionales involucrados en cada escenario.

Encontramos, entonces, dos potenciales distinciones más relevantes: aquella que considera entre quienes se verifica el diá-

---

1 Gelli, María Angélica, "El liderazgo institucional de la Corte Suprema y las perplejidades del caso Mazzeo", *Revista jurídica La Ley,* 2007, p. 1405.

2 Michelman, Frank I., *Brennan and democracy,* Nueva Jersey, Princeton University Pres,1999, p. 15; Marck Tushnet, "Constitucional democracy", *North Carolina University Journal*, 2003.

3 Post, Rober, *Constitutional domains: democracy, community, management*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1995.

logo (supuestos en que el Tribunal interactúa con otros poderes del Estado u organismos constitucionales, hasta herramientas donde la interacción se canaliza hacia la sociedad), y, por su parte, la que refieren al momento de la interacción con relación al momento en que el máximo órgano de jurisdicción constitucional brinda su interpretación de la norma suprema: en algunos casos es previa a la determinación de la doctrina constitucional, y en otros es una deliberación previa, que la nutre.

El presente trabajo no procura ahondar en los aspectos de teoría política, filosófica o de argumentación involucrados en este tópico,[4] sino brindar un breve marco en materia comparada latinoamericana, y, discernir y clasificar algunas variables de jurisdicción constitucional dialógica, así como identificar los patrones y principios referentes en ellas.

II. ¿De qué hablamos cuando hablamos de diálogo?

Un primer punto que es necesario esbozar de manera preliminar es qué debe entenderse por el elemento de diálogo propio de la interacción jurisdiccional. Dese una perspectiva etimológica, el significado del término "diálogo" remite a una interacción alternativa entre posiciones sostenidas por dos o más sujetos.[5] Ahora bien, más adelante, incorpora la idea de avenencia, de un resultado de alguna manera "componedor" de las posiciones de tales sujetos, al decir que diálogo implica "discusión o trato en busca de avenencia".[6]

En definitiva, esto nos lleva a preguntarnos si incorporaremos la idea de una respuesta superadora como elemento determinante o no de la noción de diálogo cuando es ejercido a través de pronunciamientos jurisdiccionales.

---

4 Me remito en torno a este punto a Guiñazú Claudio E., "La jurisdicción constitucional como práctica dialógica", *Revista de Derecho y Ciencias Penales,* núm. 13, Chile, Universidad de San Sebastián, 2020, pp. 139-155.

5 Así es la primera definición del diccionario de la real academia española, en cuanto sostiene que diálogo constituye una "plática entre dos o más personas, que alternativamente manifiestan sus ideas o afectos" Diccionario de la Real Academia Española, *https://dle.rae.es/di%C3%A1logo*

6 *Idem*.

Es decir, ¿es posible concebir como auténtico "diálogo" el denominado "diálogo vertical", donde un órgano se impone al otro, que, a su vez, se "somete" sin efectuar aporte alguno? Así pareciera orientarse una posición que sostiene que "el diálogo se canalizaría a través de la adopción del criterio del interlocutor, por considerarlo razonable."[7]

O, en una línea contraria, una mera yuxtaposición subsecuente de monólogos consecutivos no pareciera satisfacer la noción de "diálogo" que exige la construcción de alguna propuesta superadora. Efectivamente, en su concepción etimológica, la palabra diálogo remite al término griego "dialego" (discutir, conversar o dialogar), que nos remite al término "dialéctica". La noción de diálogo concebido desde una dimensión dialéctica implicará, entonces, un proceso de evolución, donde se verifique un debate por el contraste de ideas o predicados primarios, "tesis" y su opuesta "antítesis", que encuentran superación a través de la construcción de una "síntesis".[8]

La noción justicia dialógica recibe una especial caracterización en la democracia deliberativa.[9] En efecto, los sistemas de democracia deliberativa buscan asegurar que el proceso de toma de decisiones se asiente en un "diálogo inclusivo".

> Así, retoman la noción habermasiana de que las decisiones justificadas son las que resultan de procesos de discusión en los que intervienen en posición de igualdad todos los potenciales afectados El presupuesto es que el sistema de toma de decisiones gana en imparcialidad en la medida en que surja de una discusión amplia e inclusiva, en la que, en particular, se escuche a todos los que disienten, piensan distinto y desafían las decisiones establecidas.[10]

---

7 Gargarella, Roberto, "La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana", *Revista Jurídica La Ley*, 2017.

8 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich , *Fenomenología el espíritu*, trad. de Jorge Aurelio Díaz, Colombia, Siglo del hombre editores, 2022.

9 Nino, Carlos, *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale, 1993.

10 Gargarella, Roberto, "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos", *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014, p. 124.

En tal orientación, Peter W. Hogg y Allison A. Bushell, al comentar herramientas específicas del sistema canadiense ("revisión judicial dialógica", donde una decisión judicial puede ser dejada sin efecto por una decisión del poder legislativo), parten de considerar que cuando una decisión (la hipótesis analizada por los autores refiere a una decisión judicial) está abierta a la revocación, modificación, o anulación (en el caso por ellos analizados, legislativa), tiene sentido considerar la relación entre ambos órganos como un diálogo, ya que se genera un debate público.[11]

Son diversas las perspectivas que permiten calificar, o no, a la interacción como diálogo. A su vez, la proyección de cada noción de diálogo repercutirá en la ponderación de cada variable de interacción del poder judicial. En los títulos siguientes, al referir a cada variable en particular de la denominada "jurisdicción dialógica", intentaremos brindar líneas de análisis de tales aspectos.

III. Dimensiones del diálogo jurisdiccional

De las dos dimensiones más relevantes de clasificación mencionadas en el título II, hemos optado por prevalecer en el estudio aquella que tiene en cuenta si la interacción se produce después o antes de la formulación, por parte del máximo o único órgano de jurisdicción constitucional, de lo que él considera como la interpretación que cabe otorgarse a la norma suprema.

En ese entendimiento, la fórmula de "diálogo" más generalizada es aquella en la que el órgano respectivo (tribunal constitucional, sala, o Corte Suprema), en su carácter de máximo intérprete de la Constitución, pronuncia su interpretación constitucional, e identifica una situación en la que, para la plena operatividad de tal mandato constitucional, necesita entrar en diálogo o interacción con otro poder del Estado, u otro órgano jurisdiccional.

[11] Véase Hogg, Peter W., Bushell, Allison A., "El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas (o quizá la Carta de Derechos n sea algo tan malo después de todo", en Gargarella, Roberto, (coord.), *Por una justicia dialógica*, Siglo XXII, 2014, colección derecho y política.

Es decir, en estos supuestos en el ejercicio del diálogo institucional, sea entre poderes o interno del poder judicial, el órgano supremo o único de jurisdicción constitucional se posiciona como máximo intérprete constitucional, y, desde su lectura del máximo texto normativo, procura concretizar sus mandatos, o exhortar a su cumplimiento, a la vez de mantener, o minimizar la lesión del equilibrio institucional delimitado por la ley fundamental.

Es por ello que, en estos casos puede encontrarse una vinculación entre la jurisdicción dialógica y el control de las omisiones inconstitucionales,[12] y, en tal línea, encuentra fundamento en la fuerza normativa de la Constitución, y, en el caso de tratarse de derechos convencionales, el artículo 2 de la Convención Americana sobre derechos humanos.

Ahora bien, el accionar del tribunal se ensarta en el equilibrio del sistema de frenos y contrapesos, en cuyo marco la Corte actúa sobre la base del "principio de colaboración sin interferencias", cooperando para que los otros departamentos del Estado, otros jueces, o entes del sistema federal, cumplan funciones a ellos adjudicadas. En consecuencia, a estos supuestos los he denominado "diálogo institucional colaborativo", por encontrar su base en el principio de colaboración o cooperación a la luz de los sistemas de descentralización política o geográfica de nuestra Constitución.

En otros supuestos, el diálogo o la interacción se verifica previo a la determinación de la interpretación constitucional, y se orienta a robustecer el contenido de ella. El máximo representante de la jurisdicción constitucional recurre a la construcción de vías de comunicación con la sociedad o con expertos en determinados temas, e incluso con otros poderes, a través de mecanismos de deliberación, generalmente fundamentados en la apertura democrática del proceso jurisdiccional y la búsqueda de

[12] Respecto a las herramientas de control de inconstitucionalidad por omisión a nivel comparado, y los supuestos de aplicación práctica, me remito a Sagüés, María Sofía, "Garantías de Control de la Inconstitucionalidad por Omisión", en Ferrer Mac-Gregor, E., (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 2002, t. III, p. 2499.

transparencia, y sus aportes contribuyen en la construcción de la interpretación de la norma fundamental.

Ejemplos clásicos de esta orientación es la figura del *Amicus Curiae*, y la celebración de audiencias púbicas. Aquí vemos que el diálogo se entabla previo a la interpretación de la norma constitucional en juego, y, en consecuencia, los aportes del diálogo se engarzan en la argumentación constitucional del tribunal, si bien este se mantiene en todo término como último intérprete de la Constitución. Esta perspectiva presenta similitudes con la noción de democracia deliberativa, conforme a la cual se legitiman las decisiones constitucionales exigirían la instrumentación de un diálogo inclusivo en que las decisiones serían resultado de procesos de discusión en los que intervinieren todos los afectados. Por ello, he denominado este tipo de diálogo como "deliberativo".

Si bien el diagnóstico de la proliferación de diversos escenarios de interacción de tribunales ya sea deliberativos colaborativos es algo característico de las últimas décadas, podemos encontrar un interesante antecedente germinal en el origen del litigio estructural, complejo o de alto impacto[13] en Estados Unidos de América a partir de la década del 50, en particular con el caso *Brown vs. Board of Education* I*14* y II [15] donde se vislumbraron rudimentos de ambas dimensiones.

Previo al dictado del fallo, en cuatro estados se denegaba la admisión a estudiantes de dicha raza en escuelas concurridas por alumnos blancos. En la mayoría de los casos los tribunales inferiores habían denegado las demandas iniciadas, amparándose en

[13] En torno al tema me remito a Sagüés, María Sofía, "Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi, Mariela, Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, México, IECEQ, 2018, pp. 119-178.

[14] 347 U.S. 483, 1954.

[15] Se sigue en este punto a Sagüés, María Sofía, "Dinámica política del control de constitucionalidad en la Corte Suprema de Estados Unidos de América", núm. 5, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2005, pp.125-195.

el precedente de *Plessy vs. Ferguson16* de 1896. La causa constituyó una *class action*, iniciada por los padres de un grupo de estudiantes afroamericanos, quienes invocaron que las escuelas no presentaban iguales comodidades, por lo que se violaba su protección igualitaria.

En dicho pronunciamiento, en primer lugar, el Tribunal recurrió a los *Amicus Curiae* para incorporar el dato sociológico (a través de un cuasi experimento), que le permitió constatar científicamente como el estándar "separados pero iguales" resulta inherentemente inconstitucional.

Por su parte en 1955 en *Brown v. Board of Education (II)*[17] donde el Tribunal adoptó una solución original, que podría considerarse creativa, al prever distintos mecanismos de instrumentación de la medida y la extensión de la jurisdicción de las Cortes locales sobre el control de los mismos. El tribunal sostuvo que la plena instrumentación de lo decidido en el primer fallo puede requerir diversas soluciones locales. Señaló que las autoridades escolares tienen la primaria responsabilidad para instrumentar la solución, y las cortes tendrán que considerar cuando una acción de las autoridades escolares constituye una instrumentación de buena fe de los principios constitucionales gobernantes. Asimismo, las cortes deberán, con base a la equidad, ponderar la instrumentación del plan. Así, las cortes deberán requerir que las escuelas hagan un comienzo hacia el pleno cumplimiento del fallo de manera rápida y razonable. Las escuelas, por su parte, tendrán la carga de la prueba respecto del tiempo adicional necesario. La jurisdicción de los tribunales permanecerá durante el tiempo en que las escuelas lleven adelante los proyectos de transición. En consecuencia, los casos son remitidos a las cortes inferiores a fin que adopten los procedimientos necesarios y dicten las órdenes y decretos consistentes con este pronunciamiento tendientes a que se admita los estudiantes a las escuelas públicas sobre bases no discriminatorias, con velocidad deliberada. Este último estándar, sin dudas impreciso.[18]

16 163 U.S. 537, 1896.

17 349 U.S. 294, 1955.

18 Tribe, 1978, p. 1033.

Encontramos así las bases de lo que posteriormente fue considerado por la doctrina como "litigio estructural, complejo o de alto impacto", en el que se recurre al diálogo interinstitucional en la etapa de ejecución de sentencia, mediante un pronunciamiento multisectorial, de ejecución proyectada y prolongada, en el que se invita a diversos agentes claves en la articulación de una política pública que concretice los mandatos constitucionales.

La resistencia al fallo hizo eclosión en Arkansas, donde diversas masas populares impidieron que estudiantes de la raza negra ingresaran a la Escuela Superior de Little Rock, y las autoridades locales no controlaron la situación. La Corte de Distrito hizo lugar al reclamo de los estudiantes negros, que postulaban la instrumentación inmediata del plan desegregatorio, pero la Cámara de Apelaciones reversa la decisión y hace lugar a un pedido de la dirección de la escuela Little Rock, en el que se solicitaba un año y medio de plazo para llevar adelante el plan desegregatorio fundamentándose en la extrema hostilidad pública hacia la desegregación generada por el Orbas Faubus, Gobernador de Arkansas, quien despachó unidades de la Guardia Nacional de Arkansas para bloquear la desegregación planeada por la dirección de la escuela local, a pesar de haber recibido tres órdenes judiciales tendientes a que la instrumente.

El caso arribó a la Suprema Corte, con la carátula *Cooper v. Aarón*.[19] El Tribunal dictó sentencia en el año 1957 confirmando el criterio de primera instancia, y asumiendo una posición aguerrida en la defensa de sus decisiones, cuya definición se concretó a través del poder ejecutivo.

Finalmente, en otros supuestos refieren al "diálogo jurisprudencial" entablado entre los tribunales domésticos con órganos supranacionales. Así, explica Giuseppe de Vergottini que

> [...] el diálogo jurisprudencial es una de las más recientes realidades que caracterizan las relaciones entre ordenamientos jurídicos diversos y respectivas jurisprudencias. Según una opinión frecuente, se habría producido un intenso cambio interesante de las relaciones entre diversas cortes estatales y entre cortes estatales y cortes in-

[19] 358 U.S. 1, 1958.

> ternacionales. Este entramado de jurisprudencias vería inevitablemente la utilización del derecho extranjero por parte de los jueces estatales y el recurso a la comparación tanto por parte de los jueces estatales como de aquellos internacionales.[20]

Así, la interacción con órganos supranacionales de matriz jurisdiccional exige replantear el diálogo en clave de fuentes nacionales e internacionales de Derechos Humanos.

En cada caso son diversos los principios en juego, así como el rol institucional del tribunal, lo que necesariamente conlleva una dimensión distinta de la noción propia de qué debe entenderse por "diálogo" y su proyección en la jurisdicción constitucional. Intentaremos en los próximos títulos, una aproximación al concepto, para luego proyectarlo en las modalidades de jurisdicción dialógica (colaborativa, deliberativa o de diálogo jurisprudencial) que mencionamos supra, tomando como ejemplo algunos casos puntuales.

IV. Jurisdicción dialógica colaborativa y el delicado balance de la división de funciones y el sistema de frenos de contrapesos

Es un tema nuclear de la génesis del derecho constitucional que la búsqueda de un gobierno de las leyes, y no de los hombres, tiene su punto de anclaje en un delicado mecanismo de balance y equilibrio: la división de funciones, y el sistema de frenos y contrapesos. Sobre la base del mismo la constitución estructura un sistema de distribución horizontal y vertical del poder, dispersando la autoridad no solo gracias a la separación entre el Gobierno nacional y provinciales, sino también en la distribución de las potestades ente las ramas de Gobierno.[21]

Uno de los pilares fundamentales de la idea de Estado de derecho, y uno de los elementos sustanciales del concepto formal de constitución, la teoría de la separación de los poderes, o divi-

[20] Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, 2021.

[21] Stone, Geoffrey R., Seidman, Louis M., Sunstein, Cass R., Tushnet, Mark V., *Constitutional la*w, 2a. ed., Little, Brown and Company, 2001, p. 332.

sión funcional del poder político, parte de la exigencia del respeto de la libertad,[22] y procura la división de las funciones, las competencias, los denominados "derechos de mando" atribuyéndolos a distintos titulares, en miras a debilitar el poder.[23]

Paralelamente se presenta el principio de *check and balances,* o de frenos y contrapesos, que permite la actuación coordinada de las diversas ramas de Gobierno. Ambas nociones engarzan su desenvolvimiento de manera inversa y recíproca: "el principio de separación sugiere tres entidades autónomas que trabajan independientemente. El principio de los frenos y contrapesos sugiere superposición de funciones en la que cada rama es capaz de introducirse, y en consecuencia controlar, el poder de las otras".[24]

Ahora bien, la doctrina no es conteste en el grado de flexibilidad de esta interacción. Por ejemplo, comentando el caso de Estados Unidos de América, Stone, Seidman, Sunstein y Tushnet han explicado que los denominados "formalistas" consideran que la doctrina de la separación de poderes es gobernada por reglas claras que demarcan esferas separadas de la autoridad de gobierno. En contraste, los funcionalistas piensan en una perspectiva más fluida, que prohíbe el abuso del poder y el indebido abandono de funciones, pero permite alguna superposición y es más receptiva de la modificación de los límites al lidiar con situaciones cambiantes.[25]

En este sentido, Haouriou ha señalado que el principio de división de funciones debe interpretarse de manera flexible, otorgándosele "una separación mitigada compatible con el hecho de la participación de los poderes en las mismas funciones, es decir, de un sistema ligado y equilibrado de poderes, cuyo

---

22 Montesquieu, "*Del espíritu de las leyes*", versión castellana de Nicolás Estévanez, Buenos Aires, Editorial Albatros, t. I, pp. 209 y 210.

23 Fayt, Carlos S., "*Derecho Político*", 8a. ed., Buenos Aires, Ed. Depalma, 1993, t. I, p. 55.

24 Stone, Geoffrey R., Seidman, Louis M., Sunstein, Cass R., Tushnet, Mark V., *op. cit*., p. 333.

25 *Ibidem*, p. 364. Ver, asimismo, Casper, "An Essay on *Separation of Powers: Some Early Versions and Practices", 30 Wm*. & Mary L. Rev. 211, 1989, p. 211

juego constituye, para el gobierno del Estado, una vida interior permanente y continuada, al mismo tiempo que una garantía de la libertad".[26]

Más allá de los variados desarrollos doctrinarios y las diversas recepciones por los textos constitucionales -que en algunos casos ha ponderado, por ejemplo, la prevalencia, incluso exagerada, de determinadas ramas de Gobierno sobre otras- la evolución de los conceptos gestada por su instrumentación fáctica planteó diversas mutaciones. Así, la dinámica constitucional presenta de manera permanente tensiones en la interacción de los poderes del Estado, que ponen en jaque este delicado balance, y exigen respuestas.

V. Jurisdicción dialógica colaborativa y principios de derecho constitucional en la interacción de los poderes del Estado

Como se ha señalado, si bien se presentan diversas corrientes doctrinarias, y variados modelos constitucionales, la doctrina procura formular un juego de coordinación equilibrado entre los poderes. Así, engarzando las funciones de los diversos órganos investidos con el poder político se encuentra el *principio de equilibrio*. En este minucioso balance, dotado de un mecanismo de relojería de frenos y contrapesos, la figura del poder judicial y su órgano cimero se presentan en coordinación de las otras potestades del Gobierno. Conforme señala Jiménez de Parga, —la idea política de equilibrio, la pretensión de ordenar la comunidad de manera armónica "sin dar primacía a ninguno de sus elementos estructurales— la encontramos en los albores de nuestra civilización y se ha recogido en muchas doctrinas y en bastantes programas de acción pública [...] los fundadores del régimen norteamericano no pierden de vista ese arquetipo del orden por concurrencia." [27]

[26] Haurriou, Maurice, *Précis du droit constitutionnel,* Francia, 1923, p.377.

[27] Jiménez de Parga, Manuel, *Formas constitucionales y fuerzas políticas,* Madrid, Editorial Tecnos, 1961, p. 300.

Dentro de este marco, diversos principios y subprincipios constitucionales otorgan luz a la problemática analizada.[28] De manera recíproca, algunos actúan como fuerzas centrífugas de distinción, y otros, en oposición, como fuerzas centrípetas de coordinación.

Como primera pauta de distinción y especificidad encontramos el *subprincipio de distribución*, que ha sido conceptualizado como aquél que "regula las competencias, facultades y atribuciones de cada uno de los órganos estatales fundamentales, así como los derechos y garantías de los particulares frente al Estado o entre si".[29]

El ámbito de actuación determinado por la norma suprema, en la previsión de sus poderes expresos, implícitos e inherentes,[30] actúa, así como límite de contención de la potestad del órgano respectivo, pero también especifica el marco de su obligación constitucional. Este diagrama, denominado "teorema de la especificidad de competencia de los órganos",[31] sirve de base para el mantenimiento de la división de funciones.

Del mismo se desprenden diversos predicamentos, tal como el criterio de *corrección funcional* que procura la no alteración exegética ni normativa del diagrama, planteándose como estrictamente excepcional la modificación de la distribución de funciones constitucionales.[32]

---

28 Debe aclararse la existencia de diversos criterios doctrinarios en torno a la sistematización de los principios y subprincipios constitucionales, cuyo análisis excede el marco del presente estudio.

29 Sagüés, Néstor P., *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001, p. 92.

30 Ver al respecto a Fayt, Carlos S., *Los poderes implícitos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, La Ley, 2006.

31 Ekmekdjian, Miguel, *Tratado de derecho constitucional,* Buenos Aires, Depalma, t. I, p. 32.

32 Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp.49 y 50. Al respecto ver Cullen, Iván, "La delegación de competencias en el Estado moderno", *Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, núm. 45, 1990, p. 13.

Ahora bien, los departamentos del Estado no son compartimientos estancos, sino que interactúan en miras a garantizar, justamente, el control recíproco.[33] De esta manera se otorga cierta flexibilidad a la división de funciones, garantizando su eficacia concreta y perdurabilidad. A fin de dotar de funcionalidad al modelo, como fuerza centrífuga que cohesiona el accionar de los poderes del Estado se presenta el *subprincipio de cooperación* o colaboración, conforme el cual se "alerta que los poderes públicos son partes coordinadas de un mismo gobierno[34] .... que deben, incluso, ayudarse mutuamente, según el sentido común y las necesidades inherentes a la coordinación gubernamental."[35]

En consecuencia, el mecanismo presenta un delicado balance de cohesión y distinción que exige un equilibrio cuya presencia en la realidad se encuentra en permanente tensión. Frente a estas situaciones, el autismo institucional actúa como acentuador de conflictos interinstitucionales. Por el contrario, el principio de cooperación exige un diálogo institucional entre las diversas ramas de Gobierno que garantice la coordinación de los poderes del Estado, y evite la invasión de las potestades de los mismos.

Así, la jurisprudencia del máximo tribunal argentino ha señalado que

> dentro del sistema republicano de gobierno establecido por la Constitución Nacional (y vale asimismo para el obrar interno de cada uno de ellos) el accionar de los tres poderes del Estado es armónico y coordinado pues, aunque cada rama tiene algunas atribuciones exclusivas, deben asistirse, complementarse y controlarse entre sí. De lo contrario se descompensaría el sistema constitucional que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de dichos poderes actúe obstruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con

[33] Madison, *El Federalista,* núm. 48.

[34] Corte Suprema de Estados Unidos en *Hampton v. Mow Sun Wong*, 426 U.S. 88, 1976, relativo la invalidación de una normativa que excluía extranjeros de la mayoría de los puestos de trabajo en el servicio civil.

[35] Sagüés, Néstor Pedro, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 22.

> el concierto que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales.[36]

El diagrama señalado contribuye al análisis de diversos temas constitucionales, tales como la distribución de potestades en el Gobierno Federal, el control recíproco entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, etc., en particular la delegación de potestades, la teoría de las cuestiones políticas no justiciables, etc., y la implementación en el orden local del orden internacional y regional de los derechos humanos,[37] entre otros.

VI. El diálogo jurisprudencial colaborativo. Perspectiva comparada

Ejemplos de este tipo de pronunciamientos pueden encontrarse en los más variados tribunales del globo. Ya, una primera e incipiente gestación puede hallarse en el caso *Brown vs. Board of Education* citado precedentemente.

A su vez, un ejemplo paradigmático puede encontrarse en las herramientas del control de la inconstitucionalidad por omisión —tan generalizadas en los diversos regímenes constitucionales latinoamericanos, entre los que podemos citar a Brasil, Venezuela, Colombia, Ecuador, y otros tantos—, así como en su aplicación concreta en sistemas en que tales instrumentos no se encuentran previstos. Como es sabido, aquellos sistemas que receptan herramientas como las comentadas, adoptan diversas variables de decisiones que propician un diálogo, donde el órgano de jurisdicción constitucional, una vez constatada la omisión del mandato constitucional respectivo, interactúa con el omitente a fin de su subsanación.[38] Claro está que las herramientas difieren en cuanto

[36] Fallos: 319:2641, considerando 1°, 327:46, y, voto del juez Rosatti -considerando 10- en la causa "CFK", Fallos: 343:195

[37] Lorenzetti, Ricardo en su conferencia dictada en la presentación del libro "La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)", *Derecho al Día*, año VII, núm. 130.

[38] Fernández Segado, Francisco, "La Inconstitucionalidad por omisión: ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica", en Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Colombia, Editorial Temis, 1997.

a la imperatividad del diálogo y la efectividad de la orden (ya que se admiten diversos grados), que parten del anoticiamiento de la omisión, la previsión de una orden de actuar, el otorgamiento de un plazo para la adopción de la decisión, la indicación del contenido mínimo, o incluso la posibilidad de que el órgano controlador, vencido el plazo razonable o indicado sin que se subsane la omisión constatada y anoticiada, supla el accionar faltante, ya sea con efectos reducidos al caso, o generalizados.[39]

Finalmente, siguiendo la línea del caso *Brown* anteriormente citado, también encontramos un amplio espectro de ejemplos de jurisdicción dialógica colaborativa en el marco de los denominados "Procesos estructurales", que han tenido especial proyección en diversas cortes activistas (como puede citarse la Corte Sudafricana,[40] y, en Latinoamérica, en particular en la doctrina del estado de cosas inconstitucional de la Corte Constitucional Colombiana).

A partir del estudio de los casos paradigmáticos de dicho tribunal referidos a hacinamiento carcelario, desplazamiento humano interno por razón del conflicto armado o el precario servicio de salud ofrecido por las instituciones de seguridad social, explica Osuna que,

> [...] lo definitorio de las sentencias estructurales es que el juez se habilita, como máximo intérprete y defensor de los derechos establecidos en la Constitución, para definir cómo deben actuar las autoridades con miras a garantizar el ejercicio efectivo de esos derechos, en asuntos que han sido gravemente descuidados por ellas, y, en consecuencia, expide órdenes que exceden las coordenadas inter partes de los casos que originaron la respectiva sentencia, y que apuntan a resolver el problema generalizado que se ha detectado.[41]

---

39 Me remito a este punto a lo desarrollado en Sagüés, María Sofía, "Dinámica política del control de constitucionalidad en la Corte Suprema de Estados Unidos de América" ..., *cit*., p. 389-425.

40 Sobre el tema me remito a Dixon, Rosalind, "Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos. Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes o débiles", en Gargarella, Roberto (coord.), *op. cit*., pp. 51 y ss.

41 Osuna, Néstor, "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia", en Bazán, Víctor, (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales, la protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales,* núm. 5,

A partir de allí, los modelos de decisiones estructurales con jurisdicción dialógica se han multiplicado en diversos países, entre los que podemos citar incluso a Brasil y Uruguay.[42]

Osuna ha señalado como notas comunes a este conjunto de decisiones, la verificación de los siguientes aspectos; *i)* vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número masivo de personas; *ii)* prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar esos derechos; *iii)* adopción de prácticas contrarias a la constitución; *iv)* omisión en la expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias; *v)* existencia de un problema social que requiere la actuación articulada de diversas entidades, junto a medidas multisectoriales, que reclama un esfuerzo presupuestal importante, y *vi)* que si se procurara la tutela mediante procesos individuales, se generaría congestión judicial.[43]

De lo expuesto se concluye que, en principio, la doctrina del estado de cosas inconstitucional presenta matices colindantes con el control de inconstitucionalidad por omisión,[44] e implicó la adopción de fórmulas de diálogo inter-poderes por parte del máximo intérprete constitucional del país.

En este tipo de decisiones, la Corte colombiana no solo instrumentó novedosas herramientas de ejecución multisectorial, sino que también creó instrumentos procesales específicos de interacción interinstitucional para supervisar el cumplimiento, ya sea mediante informes periódicos, una sala especial de seguimiento y, la celebración de audiencias públicas en las que se supervisa el cumplimiento del fallo, etc. A ello sumo elementos de jurisdicción dialógica colaborativa.

Facultad de Derecho de la Universidad de Chile-Konrad Adenauer, 2015, pp. 91 y ss.

42 Me remito en este punto a Risso Ferrand, Martín, "Sentencias estructurales. Comentario preliminar al trabajo de Néstor Osuna titulado 'Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia'", en Bazán, Víctor, (coord.), *Justicia constitucional..., cit.*, pp. 117 y ss.

43 Osuna, Néstor, *op. cit.*, p. 113.

44 Tal aspecto es concluido de manera positiva por Risso Ferrand, Martín, *op. cit.*, pp. 117 y ss.

En el caso de Argentina, encontramos antecedentes de diálogo jurisprudencial colaborativo en materia de derechos de la seguridad social (actualización de jubilaciones), omisión del legislador en la adopción de remedios procesales idóneos (acción de clase, proceso estructural, derecho al doble conforme), omisión de medidas legislativas y ejecutivas necesarias para el cumplimiento de mandatos del sistema federal (dictado de la ley de coparticipación, reconocimiento de autonomía a municipios, transferencia de potestades a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), e incluso la omisión de adopción de disposiciones reglamentarias por parte del poder ejecutivo.[45] Las exhortaciones son dirigidas tanto inter poderes, es decir al poder legislativo y ejecutivo, e incluso a Provincias y Ciudad de Buenos Aires, como intra poder, mediante decisiones donde se exhorta a otros tribunales del país. Por último, pueden mencionarse exhortaciones a la sociedad civil, a médicos, entre otros.[46]

El tema ha recibido especial sistematización en un reciente fallo del Tribunal. En la sentencia dictada en la causa 5207/2014 en fecha 26 de diciembre de 2019,[47] considerando 9, la Corte hizo expresa referencia a la fuerza normativa de la Constitución y el control de las omisiones inconstitucionales. El Tribunal cimero sostuvo que, la omisión en la adopción de disposiciones legislativas necesarias para operativizar mandatos constitucionales concretos constituye un incumplimiento de la Constitución Nacional con el consiguiente debilitamiento de la fuerza normativa de su texto. En tal sentido, señaló que la omisión del poder legislativo en la adopción de las previsiones legales necesarias para poner en ejercicio mandatos concretos de jerarquía constitucional no puede conllevar la frustración de los derechos o prerrogativas consagrados por la Constitución Nacional. Finalmente, concluyó que de ello se colige necesariamente la exigencia de control de tales omisiones legislativas, y su subsanación.

---

45 Ver los ejemplos detallados en Sagüés, Néstor Pedro y Sagüés, María Sofía, "Tipología y efectos de las sentencias constitucionales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina", en Figueroa Mejía, Giovanni Azael (coord.), *Tipología y efectos de las sentencias constitucionales, regionales y supranacionales,* México, SCJN, 2022.

46 *Idem*.

47 Fallos: 342:2389

El fundamento del Tribunal se basó en una doble justificación. Por un lado, la doctrina de la fuerza normativa de la Constitución, conforme fuera sostenida por Konrad Hesse,[48] que radica en la pretensión de vigencia y de adaptabilidad a las circunstancias de la norma fundamental. El concepto proyecta diversas perspectivas una de las cuales refiere a "su aptitud para regular (en forma y contenido) la producción de normas subconstitucionales y de los actos y omisiones de sus operadores".[49] En consecuencia, "el vigor normativo de la Constitución implica la efectiva vinculación jurídica (y no solamente política) de los poderes públicos "entre ellos el legislador" a las disposiciones constitucionales, que consagran mandatos jurídicos y no meras expresiones de deseo".[50]

En segundo lugar, la Corte funda el control en la existencia de mandatos convencionales y las obligaciones del Estado argentino en los términos del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que expresamente establece que "los Estados Partes se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha sido clara en indicar que en el marco de tales medidas "legislativas o de otro carácter" que debe adoptar el Estado, se encuentran no solo las legislativas y administrativas, sino también las decisiones y prácticas jurisdiccionales. Así, por ejemplo, ha señalado que "en cumplimiento del referido artículo 2 el Estado debe garantizar [...] la aplicación de las normas existentes en el ordenamiento_ y, en caso de que estas sean insuficientes, adoptar las medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras - que sean eficaces para garantizar la protección contra dicha violación".[51]

---

48 Hesse, Konrad, *op. cit*., pp. 61 y ss.

49 Sagüés, Néstor P., *op. cit*., p. 19.

50 Bazán, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*, Fundación Konrad Adenauer, Colombia.

51 Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C, núm. 240, párr. 244; *Caso Fernández Ortega*

De esta manera, instrumentó pretorianamente la satisfacción del doble conforme mediante el recurso de casación horizontal, a resolverse por otra sala de la Cámara de Casación.

VII. La jurisdicción dialógica deliberativa

Se ha explicado que los sistemas de democracia deliberativa "buscan asegurar que el proceso de toma de decisiones se asiente en un *diálogo* inclusivo".[52]

Desde la perspectiva poder judicial-sociedad, se ha conceptualizado la noción del diálogo institucional como "la Corte Suprema mostrando cuál es su visión a un sector importante de la comunidad y también, por supuesto, escuchando las opiniones que tienen desde el sector sobre la política institucional del poder judicial".[53] Así, aquellos involucrados en una decisión, toman parte en el proceso de adopción de la decisión, en la que, justamente, como señalara Habermas,[54] intervienen en igualdad todos los potenciales afectados.

La discusión amplia contribuye entonces no solo en la calidad de la decisión, sino también en su legitimidad. De esta manera, se abona en pos de la democracia, transparencia del proceso. Los sectores en disidencia, las minorías, etc., encuentran su espacio de voz, permite circular información, se verifican correcciones en virtud de las críticas, y se da a lugar a ventilación de nuevas propuestas.

Un ejemplo de diálogo deliberativo puede encontrarse en las decisiones relativas al estado de cosas inconstitucional de la Corte colombiana, que ha desarrollado una interesante veta dialógica en la exigencia de que se ofrezca a las organizaciones que repre-

---

y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215, párr. 235.

52 Gargarella, Roberto, "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos"..., *cit*., p. 124.

53 Conferencia dictada por el Dr. Ricardo Lorenzetti en el Foro Nacional del Seguro, 2008.

54 Habermas, J., *Between facts and norms,* Cambridge MIT Press, 1996.

sentan a la población desplazada oportunidades para participar de manera efectiva en la adopción de las decisiones que se tomen con el fin de superar el estado de cosas inconstitucional e informarles mensualmente los avances realizados.

Encontramos dos herramientas específicas que se orientan en este sentido, y que procuran introducir, durante el proceso, previa a la adopción de la decisión final del máximo intérprete constitucional argentino, los argumentos, voces, posiciones de sectores involucrados o asociados al tema, así como de expertos, a fin de vincularlos en el debate, y proyectar una respuesta superadora: las audiencias públicas y los *amicos curiae*. Llama la atención como ambas figuras han tenido marcada presencia en el derecho comparado, en su vinculación con el litigio estructural. Especialmente en el caso *Brown vs. Board of Education* y en los procesos de litigio estructural de la Corte colombiana.[55]

Otro instrumento que permite la concesión del diálogo deliberativo ante la Corte han sido las audiencias públicas, reglamentadas en argentina por la acordada 30/2007, con el objeto de "elevar la calidad institucional en el ámbito del Poder Judicial y profundizar el estado constitucional de derecho vigente en la República". El tribunal resaltó que la participación ciudadana en actos de esa naturaleza y la difusión pública del modo en que esa Corte conoce de los asuntos en que, con carácter primordial, ha de ejercer la jurisdicción más eminente que le confiere la Constitución Nacional, iba a permitir poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza este Tribunal (dictamen del Procurador General de la Nación en la causa "Penjerek", al que remite la senten-

[55] En el caso argentino, la figura del *amicus curiae* fue recepcionada en la Acordada núm. 28/04, modificada por la Acordada 14/2006. Finalmente se encuentra regulada por la acordada 7/2013 como instrumento de participación ciudadana en la administración de justicia, en casos que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o resulten de interés público. Estos son terceros que cuenten con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida y que demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso, a fin de que ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión del asunto. Así se gestó la figura en el orden local, como un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia.

cia de esta Corte del 14 de noviembre de 1963, Fallos 257:134). En los hechos, las audiencias han dado a lugar a un inmenso diálogo entre jueces, partes, *amicus*, etc., generando un alto nivel de transparencia.

A su vez, puede encontrarse un interesante "diálogo" entre la jurisdicción y la sociedad a través de la inclusión de datos sociológicos en los procesos constitucionales. Si bien la interacción entre sociología y derecho no es un fenómeno nuevo. Desde ya 1912 Roscoe Pound explica que "el jurista sociológico procura un estudio comparativo de los sistemas, doctrinas e instituciones legales como fenómeno social, y critica a ellos con respecto a su relación con las condiciones y progreso social".[56] Sin embargo, el estimar como función jurisdiccional la comprensión y respuesta a la realidad social reviste una especial consideración.

Conforme la doctrina moderna existe una triple tipología del dato sociológico, es decir, una primera clasificación respecto a qué tipo de información social puede llegar a ser usada en la función jurisdiccional: en primer lugar, los datos sociales adjudicativos;[57] los datos de autoridad social o datos sociales legislativos, y, finalmente el dato del entorno social.[58]

Es la segunda categoría la que refiere al tema que nos ocupa. Kenneth Culp Davis explica que cuando los jueces actúan como

---

56 Pound, Roscoe, "The scope and purpose of sociological jurisprudence", *25 Harvard Law Review,* 1912, traducción de la autora.

57 La primera categoría de datos sociales refiere a aquellos que constituyen hechos (de carácter social) que son base de las pretensiones o defensas de las partes en un caso. Si bien es información de la realidad social, son hechos que se invocan como base particular de los argumentos presentados por una de las partes en un proceso en concreto, por ello reciben el nombre de datos sociales adjudicativos. Se sigue en este sentido la terminología usada por Monahan, John, Walker, Laurens, *Social Science in Law*, 5a. ed., Nueva York, Foundation Press, 2002.

58 Finalmente, se indica como se ha desarrollado una tercera tipología de dato sociológico que no es articulado por las partes como un hecho adjudicativo de la causa propiamente, ni como un elemento determinante de un cambio de política en concreto, sino que refiere a aspectos de ambos. Estos constituyen datos del entorno social, ponderaciones generales de las ciencias sociales que son invocadas a los jueces de una causa para determinar hechos en el caso concreto.

órganos legislativos, "produciendo normas" que van más allá de la mera resolución de la controversia del caso concreto.[59] Se denomina a tal incorporación datos con "autoridad social," porque constituyen evidencia sociológica que justifica el cambio en la política legislativa, mediante la actuación del tribunal. También son calificados como datos sociales legislativos.

Este tipo de información, por ejemplo, fue utilizado en la causa *Brown vs. Board of Education*[60] a fin de acreditar el efecto psicológico de la segregación compulsiva en niños de color.[61] Nótese como aquí no se utiliza la información a fin de fundamentar que la segregación perjudica al actor en concreto, o a los estudiantes de una escuela en particular (particularidad que si se invocaba en el dato adjudicativo), sino el carácter pernicioso de este tipo de política segregatoria.[62]

La solución aportada por estos autores sostiene que,

> [...] cuando los hechos usados en la producción legal son acotados y específicos, centrales o críticos, no mezclados con el juicio o política, acreditables, y en cierta manera sobre las partes o conocidos mayormente por ellos, las partes claramente deben tener una posibilidad de debatirlos, y ello debe ser requerido en miras al Debido Proceso. Pero cuando los hechos son amplios y generales, circunstanciales o periféricos, no controvertidos, y mezclados con elementos de juicio o política, no fácilmente acreditables y lejanos a las partes, una Corte o agencia del poder ejecutivo puede usarlos sin siquiera advertir cualquier posible problema de procedimiento. Si estos ítem se encuentran mezclados, las dos preguntas de cuanto apoyo los hechos deben recibir y cuanta protección procesal hay que otorgar a las partes puede ser dificultosa.[63]

---

59 Davis, Kenneth Cupl, "An approach to problems of evidence in the administrative process", *Harvard Law Review*, núm. 364, 1924, p. 402.

60 Supreme Court of the United States, 1954, 347 U.S., 74 S.Ct. 86, 98 L.Ed. 873.

61 Ver Deutscher y Chein, *The Journal of Psychology*, núm. 259, 1948, citado por Monahan, John, Walker, Laurens, *op. cit*., p. 188.

62 Monahan, John, Walker, Laurens, *op. cit*., p. 188.

63 *Ibidem,* p. 184, traducido por la autora.

Un interesante ejemplo de interacción con la sociedad que se ha instrumentado en la jurisprudencia colombiana sobre el "estado de cosas inconstitucional", consistente en los "grupos de seguimiento". Se explica que,

> [...] por medio de ellos, la participación de la población civil se incrementa y la democratización en la construcción e implementación de políticas públicas se convierte en realidad. A esos grupos de seguimiento han sido invitados formalmente amplios sectores de la sociedad que tienen relación con la salud: agremiaciones de médicos, asociaciones de usuarios y consumidores, facultades de derecho, organizaciones promotoras de derechos humanos, instituciones públicas que tienen incidencia en el diseño o ejecución de políticas públicas de salud y otros.[64]

A su vez, a la par de desarrollar un diálogo interinstitucional sumó también instancias de deliberación con la sociedad, mediante audiencias públicas, entre otras. En efecto, se ha señalado que,

> los fallos dialógicos tienden a involucrar un espectro más amplio de actores sociales en ese proceso de seguimiento [...]. La implementación involucra a todos aquellos que, directa o indirectamente, son afectados o tienen interés legítimo en el resultado del caso estructural. Esto incluye a las víctimas cuyos derechos han sido violados, las organizaciones de la sociedad civil relevantes, los organismos internacionales de derechos humanos y otros actores cuya participación resulte útil para la protección de los derechos objeto del caso, desde organizaciones de base hasta centros académicos.[65]

Argentina ha incorporado estos elementos en algunos litigios estructurales, donde también se generaron mesas de diálogo que interactuaron previo a la adopción de la decisión jurisdiccional.[66]

---

64 *Ibidem*, p. 112.

65 Osuna, Néstor, *op. cit.*, p. 115, con cita a Rodríguez Garavito, Cesar y Rodríguez Franco, Diana, *Cortes y cambio social. Como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2020, pp. 52 y ss.

66 Por ejemplo, causa Mendoza, Silvia, sobre contaminación de la cuenca Matanza Riachuelo.

VIII. Diálogo jurisprudencial

Se ha señalado anteriormente que la noción de diálogo jurisprudencial refiere a la interacción entre la jurisdicción doméstica y la supranacional, comprensiva también de la aplicación recíproca de sus fuentes.

El diálogo jurisprudencial entre la Corte Interamericana y los Tribunales domésticos ha sido considerado como un elemento fundante de la interacción entre ambos órdenes a la luz del control del principio de subsidiariedad y del control de convencionalidad.

La relevancia del postulado es acentuada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien explica que "la trascendencia de la nueva doctrina sobre el "control difuso de convencionalidad" es de tal magnitud, que probablemente en ella descanse el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico "diálogo jurisprudencial" "entre los jueces nacionales y los interamericanos", seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo xxi. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas.[67] En ese marco, se verifica "la gestación de un espacio de debate, de controversia, de intercambio de diversos puntos de vista entre diversos organismos jurisdiccionales o producto de una vinculación del Estado a un determinado tratado internacional, que prevé la instrumentación de un órgano supranacional".[68]

En consecuencia, lo que se procura, en términos del sistema, es la gestación de una

[67] Voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor, en Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220, párr. 88.

[68] Nogueira Alcalá, Humberto, "Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011", *Estudios constitucionales*, vol. 10, Santiago de Chile, 2012.

> anhelable sinapsis entre tales instancias, incluso en un "atmósfera saturada de tensiones cordiales", (que) se plantea desde la esperanzada convicción de que es necesario y conveniente que convivan en conexión axiológica y jurídicamente cooperativa en la sintonía de una hermenéutica pro persona, en tanto ambas son copartícipes necesarias de un objetivo convergente: fortalecer cualitativamente la tutela y la realización de los derechos básicos.[69]

Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado de la causa *Cabrera García*, párrafo 7, señala que la "'interacción' se convierte, en realidad, en una 'viva interacción' con intensos vasos comunicantes que propician el 'diálogo jurisprudencial', en la medida en que ambas jurisdicciones (la doméstica y la internacional) necesariamente deben atender a la normatividad 'nacional' y a la 'convencional' en determinados supuestos."[70]

Finalmente confluye en el considerando 87 que

> no pretende establecer qué órgano tiene la última palabra, sino fomentar el diálogo jurisprudencial creativo, responsable y comprometido con la efectividad de los derechos fundamentales. Los jueces nacionales ahora se convierten en los primeros jueces interamericanos. Son ellos los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos. La Corte IDH debe velar por ello y tener plena consciencia de los estándares que irá construyendo en su jurisprudencia, teniendo en consideración, además, el "margen de apreciación nacional" que deben contar los Estados nacionales para interpretar el corpus juris interamericano. De los jueces interamericanos se espera mucho y "en la medida en que más se auto exija, podrá a su vez exigir más a las cortes nacionales".[71]

Planteado el diálogo o la "convergencia decisional", como indica Carlos Ayala Corao, como un elemento ínsito del sistema, que incluso da las bases de una justicia constitucional interna-

---

69 Bazán, Víctor, "El control de Convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas", Bazán, Víctor, (coord.), *Justicia constitucional..., cit.,* pp. 17-69.

70 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México...*, *cit*.

71 *Idem*.

cional de los Derechos Humanos,[72] su traslación a los hechos no siempre ha sido lograda.

A la luz del voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor en la causa *Gelman*,[73] la eficacia vinculante directa y absoluta de las decisiones adoptadas contra el Estado en el ámbito de *la res judicata*, no son equidistantes a la eficacia relativa, en el marco de la "norma convencionalmente interpretada" que compete a los otros estados en virtud de la *res interpretata*. En efecto, en el ámbito de la *res interpretata*, el diálogo jurisprudencial puede encontrar un espacio de desarrollo al proyectar la aplicación de los principios convencionales sentados por el Tribunal supranacional en el caso doméstico, aspecto considerado válido en la medida en que amplíe la tutela de la Corte Interamericana.

Ahora bien, las respuestas domesticas en torno a las opciones de diálogo en *res judicata* presentan diversos matices. Un sector doctrinario se ha inclinado por la negativa a habilitar el diálogo casos en que el Estado fue parte. Así, se ha señalado que

> la sentencia de la Corte Interamericana, "según lo que dispone el art. 67 de la Convención Americana, es definitiva e inapelable, aunque en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, cualquiera de las partes puede solicitar y obtener del tribunal internacional que este interprete el alcance y sentido de la sentencia. Este fallo –conviene aclararlo– es definitivo e inapelable en la instancia internacional; el Estado parte se encuentra vinculado por esa decisión y el criterio o reglas elaboradas por la Corte Interamericana en sentencias de condena a otros Estados, o al Estado argentino, pero en otros conflictos, puede servir de pauta o guía de interpretación en controversias bajo circunstancias o hechos similares.[74]

Por otra parte, otros autores elogian el recurso al diálogo jurisprudencial realizado en casos de *res judicata*, en la medida que

---

72 Ayala Corao, Carlos, *Hacia una justicia constitucional internacional de los derechos humanos*, Tirant Lo Blanch, 2024.

73 Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013.

74 Gelli, María Angélica, *op. cit*., p. 7.

"tenga que ver con un intento de razonar en conjunto con otros, acerca de una cuestión respecto de la cual pueden existir divergencias: ¿qué mejor que conversar horizontalmente, en tales casos? Entonces, la pretensión de llevar adelante una conversación extendida en el tiempo y el espacio, con otros actores e instituciones resulta de singular valor".[75]

El tema consiste en definir si el diálogo propuesto implica una interacción recíproca o un diálogo vertical.[76]

En la Corte argentina, el Juez Horacio Rosatti, en su voto en la causa *Ministerio de Relaciones exteriores*,[77] considerando 8, formuló una referencia al diálogo jurisprudencial entre Corte Suprema nacional y Corte Interamericana, mediante una interacción respetuosa y reciproca. Dicho juez refiere a que,

> en un contexto de "diálogo jurisprudencial" que procure mantener la convergencia decisional entre los órganos con competencias para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional, reconociendo a la Corte IDH como último intérprete de la CADH (art. 62, puntos 1 y 3 CADH) y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como último intérprete de la Constitución Nacional Argentina (arts. 116 Y 117 de la Constitución Nacional), cabe concluir que la reparación ordenada en la sentencia de la Corte Interamericana encuentra adecuada satisfacción mediante la concreción de las medidas mencionadas en los párrafos segundo y tercero del precedente considerando 40, (no siendo posible concretar la revocación formal del decisorio nacional -si es ello lo que se pretende- sin violentar lo dispuesto por los arts. 27 y 75 inc. 22) de la Constitución Nacional Argentina, cláusulas por cuya observancia esta Corte debe velar.

En dicho caso se ventilaba la aplicación doméstica de la decisión de la Corte IDH del caso *Fontevecchia*, donde había indicado, entre otras, que el Estado argentino debía "dejar sin efecto" una decisión de la Corte Suprema Nacional. Ese tribunal, sobre la

---

75 Gargarella, Roberto, "La autoridad democrática...", *cit*.

76 Me remito en torno al punto a Sagüés, María Sofía "Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino", en Henrïquez Viña, M.; Morales Antoniazzi, M., El *control de convencionalidad*, Santiago de Chile, DER Ediciones, pp. 281-370.

77 Fallos: 340:47, 2017

base del análisis de los arts. 63, 67 y 68 de la CADH y de normas constitucionales locales, sostuvo que no procedía tal medida. Posteriormente, en la decisión de seguimiento de cumplimiento, la Corte IDH indicó que lo que se había referido con esos términos, era que el Estado parte debía proponer, de su ordenamiento jurídico, que "alternativas" permitían el cumplimiento de tal manda. En definitiva, el caso se resolvió mediante una indicación al pie de que la decisión primaria de la Corte argentina había sido dejada sin efecto por la Corte IDH.[78]

Pablo Manili propone la noción de "complementariedad entre jurisdicciones" basada en que

> en cuanto a la interpretación de la Constitución Nacional y de todo el derecho interno la CSJN sigue siendo la última instancia; pero en lo atinente a la interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos y su aplicación en el ámbito interno, sus fallos pueden ser "juzgados" por los órganos internacionales de derechos humanos. También puede ser juzgada por los órganos internacionales la interpretación que la Corte haga del derecho interno (incluida la Constitución Nacional) en caso que lesione alguno de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.[79]

Gargarella plantea que el tema no debe ser percibido desde la perspectiva de la supremacía de los tribunales. El autor citado enfatiza la necesidad de efectividad del diálogo en estudio, en el marco de una deliberación. Pone el acento en que,

> [...] tales alusiones ganan sentido efectivo en la medida en que podamos hablar, genuinamente del desarrollo de un "diálogo", y no de un soliloquio judicial ocasionalmente acompañado por alusiones a otras autoridades incapaces o imposibilitadas, en los hechos, de responder o desafiar lo dicho por la Corte argentina. El punto merece ser subrayado, por lo demás, teniendo en cuenta la creciente y cada vez más frecuente tendencia de los tribunales locales e internacio-

78 Gargarella, Roberto, "La autoridad democrática...", *cit*.

79 Manili, Pablo, "Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A propósito del fallo Fontevecchia", *Revista Jurídica La Ley*, 2017, p. 5.

> nales a hablar de "diálogos" que en verdad ni ponen en práctica ni están interesados en implementar, y respecto de los cuales de ninguna manera se muestran comprometidos.[80]

Sin embargo, seguidamente postula una noción de "diálogo" restringida a una posición sumisa del Tribunal doméstico, al señalar que "el diálogo se canalizaría a través de la adopción del criterio del interlocutor, por considerarlo razonable".[81]

Néstor Sagüés presenta una opción que balancea los dos aspectos en tensión, la posibilidad del Tribunal nacional de aportar su perspectiva en el diálogo, y el deber de cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana. Así, se postula favorablemente a que un tribunal doméstico presente su posición, pero siempre garantizando el cumplimiento de la sentencia. El autor citado sostiene que,

> [...] desde luego que una Corte nacional, con serios fundamentos de derecho, puede entender, no obstante que lo cumpla, que un fallo de la Corte Interamericana es incorrecto, ya por realizar una apreciación errónea de los hechos, ya por malinterpretar el derecho aplicable (tanto el Pacto de San José como la Constitución o las normas nacionales), o por exceder sus competencias. Ello es perfectamente entendible, y una buena muestra de ello es, para el caso de la Corte Suprema argentina, "Espósito-Bulacio". Más todavía: quizá es positivo que la Corte Suprema estatal exponga francamente sus disidencias y salvedades, las que, de ser adecuadas, deberían motivar, mediante tal diálogo, aclaraciones, correcciones o revisiones posteriores por parte de la Corte Interamericana, órgano que también tiene algo o mucho que aprender de lo que digan las cortes nacionales. Pero de ahí a que la Corte Suprema estatal alegue inejecutoriedad, y se niegue a cumplir a un hipotético veredicto, hay otro paso, vedado por los arts. 67 y 68 del Pacto de San José de Costa Rica. De hecho, si lo hiciere, dicha Corte estaría apartándose de esta última. cláusula, mutándola en un punto esencial, en el sentido que, ya en todo, ya en parte, la sentencia de la Corte Interamericana debe obedecerse salvo que la Corte Suprema local decidiere que no debe obedecerse.[82]

---

80 Gargarella, Roberto, "La autoridad democrática...", *cit*.

81 *Idem*.

82 Sagüés, Néstor Pedro, "¿Puede válidamente la Corte Interamericana obligar a que una Corte Suprema Nacional deje sin efecto una sentencia suya?", *El Derecho*, 2017.

Por su parte, al analizar las opciones de diálogo del Tribunal Interamericano, el mismo autor señala que "un diálogo interjurisdiccional, a raíz de las objeciones que formulan esos votos, pueden emerger otras vías (incluso ya ensayadas por la Corte Interamericana), para restar eficacia a veredictos nacionales lesivos de derechos humanos, sin recurrir, necesariamente, a su revocación por el órgano que los dictó".[83]

Ahora bien, el autor en estudio deja un espacio de proyección de los tribunales locales asumiendo un rol más enfático en el diálogo, en supuestos excepcionales:

> Finalmente, si una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos infringiese de manera grave una regla de derecho natural, en particular lesionando irremediable y esencialmente un derecho humano natural innegablemente fundamental (en otras palabras, un fallo negatorio de algo esencial, significativo y básico para la dignidad humana), adquiriría el triste título de sentencia aberrante y su desobediencia por una Corte nacional resultaría explicable (desde una perspectiva iusnaturalista, a la que adherimos), no por razones de soberanía o supremacía constitucional, ni por la condición de la corte estatal como suprema (según su definición constitucional), sino por tratarse de una norma de derecho positivo (individual, diría Hans Kelsen), que solamente tiene apariencia o cáscara de derecho, pero que no es esencialmente derecho, sino un no-derecho. Para decirlo en palabras de Gustav Radbruch, "la injusticia extrema no es derecho", tesis aceptada, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional Federal alemán, en torno, v. gr., a ciertas normas del "derecho" nazi y del comunista de la República Democrática Alemana. Hablamos, desde luego, de una situación excepcionalísima y terminal, aplicable también a cualquier regla jurídica de derecho positivo, nacional o internacional, que incurriere en el mismo e insalvable defecto de infracción frontal al derecho natural.[84]

En este marco de diálogo, es interesante el aporte de la doctrina del precedente desarrollada por Michelle Taruffo,[85] conforme

[83] *Idem*.

[84] *Idem*.

[85] Taruffo, Michelle, "Consideraciones sobre el Precedente"*, Revista IUS ET VERITAS*, núm. 53, diciembre 2016, p. 53 y ss.

a la cual el tribunal que aplica el precedente (en este caso el juez doméstico) modula su lectura de su vinculatoriedad, otorgándole así su impronta como interlocutor válido.

IX. Palabras finales

De lo reseñado en los títulos anteriores, puede constatarte como en los protocolos jurisdiccionales se hace cada vez más presente una argumentación amplia que abarca diversos modelos de razonamiento jurídico. Entre estas opciones, se ha generado un espacio donde el diálogo permite reconstruir el derecho, el juez asume un rol de comunicador de ideas y posiciones.

Sin embargo, es necesario sistematizar la experiencia, a fin de identificar supuestos y con ello dotar de consistencia a las diversas variables de jurisdicción dialógica. En ese sentido, el presente trabajo permitió identificar una dimensión de jurisdicción dialógica colaborativa, donde, a la luz de una perspectiva funcional del sistema de frenos y contrapesos, la jurisdicción constitucional, en su carácter de último intérprete de la Constitución, se engarza en una interacción con uno o varios poderes del Estado, o departamentos del sistema federal, a fin de garantizar la eficacia normativa de la ley fundamental. Así, vemos que aquí el diálogo se da una vez la sentada la doctrina constitucional por el máximo intérprete, y el principio en juego es el principio de supremacía y el de colaboración.

Por otro lado, cuando la Corte desarrolla una jurisdicción dialógica deliberativa, lo que va a verificarse es un diálogo con la sociedad, organizaciones de la sociedad civil, o expertos, a fin de producir una construcción deliberativa de un estándar constitucional. Por ello, en esta dimensión predomina el valor democrático, y el diálogo se ubica temporalmente durante el debate previo a la determinación de la doctrina constitucional, momento en que el intérprete final mantiene toda su autoridad.

Por último, el diálogo jurisprudencial deliberativo en la *res interpretata* implica una interacción entre el tribunal doméstico y el supra nacional, en la construcción deliberativa de un estándar tuitivo de derechos humanos. La naturaleza de este último

diálogo, en todo caso, va a depender de la posición que se adopte en torno al sistema de fuentes nacionales e internacionales, así como el marco de competencias de cada órgano.

Todo ello confluye en una jurisdicción constitucional que define su marco de acción en miras a una dinámica funcional del sistema de división de poderes, la transparencia y legitimidad democrática y una búsqueda de mayor operatividad de los derechos fundamentales. En definitiva, en la efectiva concreción de elementos nucleares de nuestro ordenamiento constitucional: la república, la democracia y la protección de la dignidad de la persona.

Referencias

Cullen, Iván, "La delegación de competencias en el Estado moderno", *Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, núm. 45, 1990.

Ekmekdjian, Miguel, *Tratado de derecho constitucional,* Buenos Aires, Depalma, t. I.

Fayt, Carlos S., *Los poderes implícitos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, La Ley, 2006.

Fernández Segado, Francisco, "La Inconstitucionalidad por omisión: ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica", en Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Colombia, Editorial Temis, 1997.

Gargarella, Roberto, "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos", *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014.

Gargarella, Roberto, "La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana", *Revista Jurídica La Ley*, 2017.

Gelli, María Angélica, "El liderazgo institucional de la Corte Suprema y las perplejidades del caso Mazzeo", *Revista jurídica La Ley,* 2007.

Guiñazú, Claudio E., "La jurisdicción constitucional como práctica dialógica", *Revista de Derecho y Ciencias Penales,* núm. 13, Chile, Universidad de San Sebastián, 2020.

Haurriou, Maurice, *Précis du droit constitutionnel,* Francia, 1923.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich , *Fenomenología el espíritu*, trad. de Jorge Aurelio Díaz, Colombia, Siglo del hombre editores, 2022.

Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Hogg, Peter W., Bushell, Allison A., "El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas (o quizá la Carta de Derechos n sea algo tan malo después de todo", en Gargarella, Roberto, (coord.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI, 2014, colección derecho y política.

Jiménez de Parga, Manuel, *Formas constitucionales y fuerzas políticas,* Madrid, Editorial Tecnos, 1961.

Lorenzetti, Ricardo, "La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)", *Derecho al Día*, año VII, núm. 130.

Marck Tushnet, "Constitucional democracy", *North Carolina University Journal*, 2003.

Michelman, Frank I., *Brennan and democracy,* Nueva Jersey, Princeton University Press 1999.

Monahan, John, Walker, Laurens, *Social Science in Law*, 5a. ed., Nueva York, Foundation Press, 2002.

Nino, Carlos, *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale, 1993.

Post, Rober, *Constitutional domains: democracy, community, management*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1995.

Sagüés, María Sofía "Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino",

en Henríquez Viña, M.; Morales Antoniazzi, M., El *control de convencionalidad*, Santiago de Chile, DER Ediciones.

Sagüés, María Sofía, "Dinámica política del control de constitucionalidad en la Corte Suprema de Estados Unidos de América", núm. 5, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2005.

Sagüés, María Sofía, "Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi, Mariela, Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, México, IECEQ, 2018.

Sagüés, María Sofía, "Garantías de Control de la Inconstitucionalidad por Omisión", en Ferrer Mac-Gregor, E., (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 2002, t. III.

Sagüés, Néstor P., *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001.

Sagüés, Néstor Pedro y Sagüés, María Sofía, "Tipología y efectos de las sentencias constitucionales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina", en Figueroa Mejía, Giovanni Azael (coord.), *Tipología y efectos de las sentencias constitucionales, regionales y supranacionales,* México, SCJN, 2022.

Sagüés, Néstor Pedro, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007.

Stone, Geoffrey R., Seidman, Louis M., Sunstein, Cass R., Tushnet, Mark V., *Constitutional la*w, 2a. ed., Little, Brown and Company, 2001.

La Corte Constitucional en Ecuador. Estructura y funciones

***

The control of constitutionality in Ecuador. Structure and functions

Hernán Salgado Pesantes[*]

Resumen: el control de constitucionalidad tuvo un gran desarrollo en el siglo xx y pasó a ser un elemento básico de la democracia, dando un nuevo impulso a las garantías jurisdiccionales, es decir, a los derechos humanos. Diversos modelos fueron establecidos en los Estados, desde el norteamericano de control difuso hasta el europeo o kelseniano de control concentrado; para hoy se podría asegurar que no hay modelos únicos que la mayoría son combinaciones acordes con el de sistema de justicia de cada país.

El presente ensayo recoge el desarrollo del control constitucional del Ecuador, que culmina con la Constitución actual (2008) donde alcanza un desarrollo adecuado.

Abstract: the control of constitutionality had a great development in the twentieth century and became a basic element of democracy, giving a new impetus to jurisdictional guarantees,

* Doctor en Derecho por la Universidad de Guayaquil. Doctor (*Phd*) en Ciencias Políticas por la Universidad *Panthéon Sorbonne* de París. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (1978-2013). Ex Presidente y Juez de la Corte Interamericana DH.; Ex Magistrado de la Corte Suprema del Ecuador; Ex Presidente de la Corte Constitucional del Ecuador (2019-2022).

that is, to human rights. Various models were established in the States, from the North American of diffuse control to the European or Kelsenian of concentrated control; for today, it could be assured that there are no single models, that most are combinations in accordance with the justice system of each country.

This essay covers the development of constitutional control in Ecuador, how this control was organized, at the beginning with some deficiencies to finally in the current Constitution (2008).

Palabras clave: control de constitucionalidad, funcionamiento, atribuciones.

Key words: control of constitutionality, operation, powers.

Sumario: I. Antecedentes. II. El órgano de control: su funcionamiento y atribuciones. III. El control previo de constitucionalidad. IV. Acción extraordinaria de protección o amparo. V. La interpretación constitucional. VI. Omisiones sobre la irretroactividad y la inaplicabilidad. VII. Otras normas de organización y funcionamiento. VIII. La forma de designación constituye una elección cerrada. Referencias.

I. Antecedentes

El control de constitucionalidad en Ecuador tuvo un desarrollo bastante limitado en el siglo xix e inicios del siglo xx, no obstante haber sido contemplado ya en la Carta Política de 1851, la cual no tuvo mayor duración y quizá esto contribuyó a que las constituciones ecuatorianas posteriores no hayan considerado a esta institución, bosquejada de manera rudimentaria.[1]

Es a partir de 1945 que se intenta establecer una estructura específica para esta finalidad y se creó el Tribunal de Garantías

[1] En este periodo de inicio republicano —y a lo largo del siglo XIX— se dictaron algunas constituciones que buscaron legitimar a los detentadores del poder, luego de un golpe de Estado, así, a la Carta efímera de 1851, siguieron las de 1852, de 1861 (la más importante), la garciana de 1869, de 1878, de 1884 y la primera Constitución de la Revolución Liberal, la de 1897.

Constitucionales con diferentes atribuciones: unas muy propias para ejercer el control constitucional y otras que no se refieren a esta materia. La Constitución ecuatoriana de 1945, con todas las deficiencias que pudo tener, significa uno de los primeros ensayos del modelo kelseniano de control concentrado en América Latina. En esta región la mayoría de los Estados adoptaron el modelo norteamericano de control constitucional realizado por la función judicial.

Además, es necesario saber que desde el siglo XIX hubo una particular influencia de la doctrina francesa que daba primacía al poder legislativo, al tiempo de establecer que las leyes eran la expresión "de la voluntad soberana"[2] –en la mejor concepción roussoniana—, con estas ideas, mal podía existir un órgano (diferente del legislativo) que se pronunciara de modo definitivo sobre la constitucionalidad de las leyes, esta decisión debía pues permanecer en el Congreso Nacional. Y, esta fue la principal deficiencia que tuvo el Tribunal de Garantías Constitucionales: sus resoluciones sobre la inconstitucionalidad de una ley no tendrían un carácter definitivo –inapelable— la función legislativa se reservaba esta atribución. Esta característica negativa ya estuvo implícita desde el antecedente de 1851 y en la Constitución liberal de 1906, que, de manera expresa, se la hizo constar en una disposición. Y, continuará presente hasta la reforma constitucional del año 1995.

La Constitución de 1967 reincorporó al Tribunal de Garantías Constitucionales pero sus atribuciones fueron disminuidas con relación al esquema de 1945. Posteriormente se introdujeron reformas para adecuar el control de constitucionalidad a la doctrina jurídica moderna. Para alcanzar los propósitos propios de toda jurisdicción constitucional nuestros jueces constitucionales deben poseer la preparación necesaria en esta área del derecho; privilegiar los criterios jurídicos por sobre los políticos; y, saber superar las presiones de toda índole, especialmente de quienes ejercen el poder político o económico. Pues, en estos aspectos ha radicado la mayor deficiencia de la Justicia constitucional del Ecuador.

[2] Hasta hoy, el art. 1 del viejo Código Civil define: "La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite".

II. El órgano de control: su funcionamiento y atribuciones

En el texto constitucional de 2008 se han mantenido, de modo general, las atribuciones del Tribunal Constitucional, agregando otras que las considero positivas para el mejor desarrollo de la justicia constitucional, con la excepción de la acción extraordinaria de protección contra sentencias; a esta última competencia me referiré en su momento. Las atribuciones son las siguientes (arts. 436 y ss.)

Conoce y resuelve las demandas de inconstitucionalidad, por la forma o el fondo "de actos normativos de carácter general", es decir, de la inconstitucionalidad de la ley y de otras normas jurídicas, como tradicionalmente se dispuso; asimismo, la expresión "suspender" los efectos que se mantuvo para estos casos, ha sido modificada con mayor precisión por "invalidez", como efecto de la declaración de inconstitucionalidad.

Conoce y resuelve la inconstitucionalidad de actos administrativos "con efectos generales" emitidos por toda autoridad pública, y produce, igual que en el caso anterior, un efecto de invalidez del acto administrativo. Al respecto, he criticado esta atribución (introducida en 1995) por cuanto todo acto administrativo lo que primero infringe es la ley y solo indirectamente vulnera la Constitución. Si se trata de una violación a los derechos fundamentales de una persona por un acto de autoridad para ello está el amparo o protección constitucional u otra garantía, aparte de contar con la vía contencioso-administrativa. Esta atribución, en la práctica, ha causado confusión y fallos contradictorios. En la nueva redacción se señala que estos actos administrativos deben tener efectos de carácter general; esta precisión es útil para desechar actos administrativos dictados en contra de uno o más administrados, cuyos efectos no alcanzan a todos quienes se encuentran en esa situación. Pero, en tal caso, ya estamos frente a un *acto normativo* —a una resolución— que puede ser impugnada al igual que toda norma jurídica que se oponga a la Constitución. *Ergo* para actos administrativos es preferible eliminar la acción de inconstitucionalidad y dejar la vía de lo contencioso administrativo.

Una atribución nueva, ya por su contenido como por la posibilidad de actuar de oficio, es la declaración de la "inconstitucionalidad de normas conexas", cuando en los casos sometidos al órgano de control, este observa que existe una o varias disposiciones contrarias a la Constitución. Esta ampliación del ámbito de la justicia constitucional tiene los riesgos propios de toda actuación exoficio en esta materia —la discrecionalidad— que, no obstante, puede ser atenuada por los miembros del cuerpo colegiado.

Se establece la inconstitucionalidad por omisión, cuya inclusión fue pedida desde los años noventa y cuya doctrina es bastante conocida. Con esta orientación, se dispone que en los casos en que el poder público olvide poner en práctica los mandatos constitucionales, dentro del plazo señalado por la carta magna o en un plazo razonable, la Corte declarará este tipo de inconstitucionalidad; y, si la omisión no se subsana el órgano constitucional deberá con carácter provisional expedir la norma (las reglas básicas) o ejecutar el acto omitido. Esta disposición convierte a los jueces del órgano constitucional en legisladores temporales, cuestión no exenta de complicaciones (pues, ese no es el papel del juez).

Para alcanzar la eficacia normativa se establece la acción por incumplimiento, que la mayoría de los países latinoamericanos la tienen (acción de cumplimiento), la cual se aplica tanto a las normas como a los actos administrativos de carácter general: "cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias." (art. 436 numeral quinto). Este último punto es altamente positivo, pues va a permitir un pronto cumplimiento de aquellos fallos.

Una atribución nueva es aquella que permite a la Corte intervenir en los estados de excepción, atribución que el constitucionalismo ecuatoriano lo estableció para los casos en que el Congreso Nacional estuviera en receso. El texto constitucional vigente dispone que la Corte Constitucional dé un dictamen previo cuando los estados de excepción "impliquen la suspensión de derechos constitucionales", (art. 436.8). Es decir, de conformi-

dad con el texto literal, no será siempre. Puede suceder que el estado de excepción no disponga ninguna suspensión de derechos y la Corte Constitucional no tendría que intervenir. Sin embargo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional contraviniendo la norma de la Constitución —que es muy clara— extiende el control a todos los casos en que haya un estado de excepción (arts. 119 y siguientes). Cierto es que, la posibilidad de un control de constitucionalidad sobre una declaratoria de estado de excepción contribuye a cuidar la regularidad de los procedimientos constitucionales y legales, pero discrepo del camino seguido por la Ley. Algo similar sucede cuando dicha Ley pone límites a la acción de protección, cuestión que sí era necesario, pero no puede ser la Ley que subordine a la Constitución.

Se mantiene con mayor amplitud la atribución de dirimir conflictos de competencias o atribuciones entre las funciones del Estado "u órganos establecidos en la Constitución". Esta facultad data de la reforma constitucional de 1995, donde se dispuso con más claridad que las competencias o atribuciones que ocasionaban el conflicto debían ser de aquellas establecidas en la Constitución, es decir, no se trataba de competencias determinadas por la ley.

Esta regulación de dirimir conflictos ha sido muy común en los Estados de estructura federal o de autonomías regionales, en los Estados unitarios ha tenido menor incidencia y esta es, entre otras, la razón de que no se le haya prestado atención en Ecuador, no obstante que en nuestro país esta clase de conflictos institucionales no están ausentes.

Entre las atribuciones consta aquella de expedir sentencias que formen jurisprudencia vinculante en relación con las acciones de *hábeas corpus*, *hábeas data*, de protección, acceso a la información pública, de cumplimiento, "y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión" (art. 436, numeral 6). Todos conocemos que en el mundo del derecho tiene mucha relevancia la fuente formal de la jurisprudencia, donde se configuran los precedentes judiciales que contienen un principio o un fundamento jurídico que debe ser aplicado en los casos similares posteriores. También sabemos que los países angloamericanos, y en general aquellos que forman

el *Common Law*, tienen como pilares de su derecho la costumbre y la jurisprudencia y que esta última mantiene un gran desarrollo que facilita a los jueces y tribunales pronunciar sus fallos (sirve como elemento de convicción), al tiempo que permiten una mayor certeza a los abogados y usuarios. En los últimos tiempos, los sistemas romano-germánico han tomado igual camino. En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia se encargó de desarrollar la jurisprudencia vinculante, hoy lo hace la Corte Nacional. En este contexto era indispensable que la Corte Constitucional expidiera sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las garantías jurisdiccionales y de otros procesos. Además, teniendo la Corte Constitucional la facultad de seleccionar casos y, en su momento, proceder a la revisión es la oportunidad para expedir sentencias vinculantes.

Se establece que el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales debe ser conocido y sancionado por la Corte; para ello, tanto la propia Constitución como la Ley Orgánica pertinente (art. 165) disponen que la Corte podrá ejercer todas las facultades para la ejecución de las sentencias; incluso puede haber la destitución para los servidores públicos que incumplan la sentencia o resolución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar; y, si fueren particulares quienes incumplan la sentencia o resolución se dispone que se aplique la responsabilidad establecida por la ley. (art. 86, num.4 de la Constitución).

III. El control previo de constitucionalidad

En precepto separado (art. 438) se reúnen tres atribuciones que tienen en común el control previo de constitucionalidad, para lo cual la Corte debe emitir su dictamen con carácter vinculante: *i)* respecto de los tratados internacionales cuya conformidad con la Constitución debe verificarse antes de su ratificación por parte de la función legislativa; *ii)* las convocatorias a consultas populares "de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados", y *iii)* las objeciones de inconstitucionalidad que haya realizado el presidente de la República en el proceso de formación de las leyes.

En cuanto a estas materias sujetas a control de constitucionalidad previo, con excepción de la segunda, ya las había establecido el constitucionalismo ecuatoriano: en el caso de la objeción parcial o total de un proyecto de ley por inconstitucional efectuado por el presidente de la República es un control preventivo antiguo (el primero de este tipo) que en nuestro país se dio en el siglo xix, fue establecido en la Constitución garciana de 1869 y para aquella época era la Corte Suprema de Justicia la que ejercía el control sobre este punto; este control se mantuvo con pocas excepciones. Más reciente es el control *a priori* sobre los instrumentos internacionales que acepta el Ecuador (viene de 1998). Este control previo se establece de modo obligatorio para aquellos tratados que de alguna manera comprometen la soberanía nacional (art. 419), por tanto, no son todos los instrumentos internacionales que están sometidos al control, ni pasan todos por la Asamblea Nacional. La Constitución de 2008 desarrolla dentro del *Título VIII* sobre las *Relaciones Internacionales* un capítulo relativo a los tratados e instrumentos internacionales (arts. 417 a 422).

En lo relativo al control previo de una consulta popular, como se denomina en Ecuador, sea de revocatoria, referéndum, plebiscito u otra, es necesario que pase por el órgano constitucional para evitar conflictos —que ya se han dado numerosos— entre el presidente de la República, el legislativo y el órgano electoral. Incluso, este último proceso constituyente se inició con una serie de incidentes, nada democráticos, que culminó con la destitución de 57 diputados (de los cien que conformaban el Congreso) y que se oponían a la convocatoria de una consulta sobre la instalación de la Asamblea Constituyente. La falta de una regulación clara contribuyó al problema.

En este artículo 438 de la Constitución, que se refiere a los tres casos de control previo, la norma considera que podría haber otros casos y se remite a la ley para que los determine, lo cual no es aceptable. En materia de competencias para que un órgano realice el control de constitucionalidad —en mi criterio— no se puede dejar al arbitrio de la ley, es decir, a la voluntad de los legisladores.

IV. Acción extraordinaria de protección o amparo

Bajo esta denominación la Constitución establece el amparo contra sentencias y autos judiciales ejecutoriados. En los círculos judiciales y de abogados no ha dejado de comentarse que se trata de establecer una cuarta instancia (la tercera, que no lo es, sería el recurso de casación) esto significará tiempo, mucho tiempo, para que los juicios sean resueltos y un trabajo que podría complicar a la actual Corte Constitucional. La justicia ecuatoriana, por muchas y complejas razones, es demasiado lenta; además, se abusa en exceso del recurso de casación (utilizándolo como si fuera tercera instancia), buena parte de estos recursos son desechados por las Salas de las Cortes Nacional y Provinciales pero el trabajo de desechar también consume tiempo, mientras los expedientes se hacinan perjudicando a quienes esperan que su causa sea despachada. En este contexto, donde también se abusa de la acción de protección, la constituyente dispuso, finalmente, el siguiente precepto:

> Art. 437.– Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte [Constitucional] constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:
>
> 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados.
>
> 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

No obstante que, al final de sus sesiones, los constituyentes agregaron el requisito de que se hayan agotado los recursos y que las decisiones judiciales estén ejecutoriadas o firmes, esto no atenúa el problema. Lo grave es que la norma constitucional deja abierto el requisito de violación del debido proceso o de otros derechos constitucionales. No se ha buscado precisarlo, concretarlo. Será fácil para todos los recurrentes de esta acción argumentar tales violaciones. Esto ha ocurrido con la acción de amparo

(llamada ahora de protección), cuyo abuso sigue a la orden del día, congestionando de trabajo a los jueces ordinarios.

Las consecuencias serán —como se dijo—, una acumulación enorme de juicios, cada vez mayor; malestar social por que los conflictos permanecen insolubles; crecimiento de la inseguridad jurídica. El argumento de que en otros países existe el amparo contra sentencias (casos de España, Colombia, Perú) no es correcto, porque no se ha considerado el sistema de amparo que tienen aquellos países; que es de carácter residual o subsidiario. En cambio, el Ecuador tenía una acción de amparo demasiada amplia y que la respectiva ley ha buscado recortar (en mi criterio, de modo inconstitucional).

En España, por ejemplo, el Tribunal Constitucional conoce el amparo cuando hay "violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53,2", del texto constitucional (art. 161.1.b/). Los derechos y libertades protegidos por el amparo son aquellos que constan en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo de la Constitución. En este caso se acude ante los Tribunales ordinarios ("por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad", art. 53.2) y luego se puede interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Es decir, que los derechos que protege el amparo no son todos los que establece la Carta constitucional, sino un grupo expresamente establecido por la misma ley suprema española. Y para acudir al amparo —ante el Tribunal Constitucional— se debe previamente haber agotado los recursos utilizables dentro de la vía judicial.

Algo similar existe en Colombia con la acción de tutela (amparo). El artículo 86 (tercer inciso) de la Constitución dice: "Esta acción solo procederá cuando el afectado **no disponga de otro medio de defensa judicial,** salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable." (Énfasis agregado).

El caso peruano también tiene sus características muy peculiares. En Perú, en diciembre de 2003, se aprobó el Código Procesal Constitucional que entró a regir en 2004. Allí, con una interpretación contrario sensu de la Ley Suprema peruana, se estableció la procedencia del amparo "respecto de resoluciones

judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso [...]", (art. 4).

Al respecto se debe tener claro lo siguiente. En primer lugar, que el mismo Código hace un esfuerzo por precisar —de modo objetivo— lo que debe entenderse por tutela procesal efectiva (art. 4, tercer inciso). Luego, el amparo peruano viene a ser de carácter subsidiario o residual pues no procede cuando "existan vías procedimentales específicas [...]" dice el número 2 del artículo 5, lo que se complementa con la disposición de que se hayan "agotado las vías previas", con pocas excepciones (núm. 4 del art. 5); cuestión que se precisa en los artículos 45 y 46 del referido Código.

Por último, existe un plazo para interponer la demanda de amparo, pues este "prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación [...]", (art. 44). También, el Código Procesal Constitucional no deja de lado el cuidado de señalar expresamente (como lo hace la Constitución española, pero con más amplitud) los derechos que están protegidos por el amparo (art. 37).

Todo lo expresado me llevó a concluir que, en el Ecuador, si se quiere que opere adecuadamente la acción extraordinaria de protección (o amparo) contra sentencias y autos ejecutoriados, habría que rediseñar esta garantía jurisdiccional estableciendo límites más concretos y precisos sobre los derechos violados que permitirían el acceso a dicha acción. Que la carga procesal excesiva no perjudique ni el trabajo de la Corte Constitucional ni alargue las expectativas de los usuarios.

V. La interpretación constitucional

Por diversos criterios, incluso políticos, en Ecuador no se ha querido reconocer en el Tribunal Constitucional al máximo órgano de interpretación constitucional, como lo hace la Carta vigente de 2008. Al respecto, la actual normativa se refiere en dos ocasiones a la interpretación, tanto al iniciar la regulación de la Corte Constitucional y, luego, al enumerar sus atribuciones donde señala: "1. Ser la máxima instancia de interpretación de la

Constitución, de los instrumentos internacionales de derechos humanos, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante" (art. 438).

La interpretación de la Constitución por parte del órgano especializado que realiza su control es una cuestión fuera de discusión; quien es el guardián y defensor de la Ley Suprema adquiere naturalmente la atribución de interpretarla. Como fue señalado, en Ecuador, tradicionalmente, los textos constitucionales hicieron constar que *solamente* el Congreso Nacional es quien interpretaba la Constitución de un modo generalmente obligatorio.[3]

En la Constitución codificada de 1998 se eliminó la expresión "solamente", lo que significó un paso adelante pero insuficiente respecto de la justicia constitucional. Como fue mencionado, una de las explicaciones se encuentra en la influencia que tuvo la doctrina política francesa. Se trata de la doctrina de la soberanía nacional de Sieyès, según la cual es la asamblea (o congreso) quien se reviste de esa soberanía por tener la representación popular. Esta tesis unida a la de Rousseau, de la ley considerada la expresión de la voluntad general convertirá al Congreso ecuatoriano como el único órgano legitimado para declarar —en última instancia— la inconstitucionalidad de una ley (así lo expresaron las Constituciones de 1906 y de 1945, esta última que crea al Tribunal de Garantías Constitucionales).

Bien sabemos que la interpretación de la Constitución es un instrumento indispensable para el órgano que realiza el control de constitucionalidad, porque se entiende que es el especialista en este ámbito jurídico; por ello su jurisprudencia en materia constitucional es vinculante y debe ser aplicada por las autoridades políticas y administrativas.

[3] Es la influencia de la doctrina de la soberanía nacional de Sieyès, según la cual es la asamblea (o congreso) quien se reviste de esa soberanía por tener la representación popular. Esta tesis unida a la de Rousseau, de la ley considerada la expresión de la voluntad general convertirá al Congreso ecuatoriano como el único órgano legitimado para declarar "en última instancia— la inconstitucionalidad de una ley (así lo expresaron las Constituciones de 1906 y de 1945, esta última que crea al Tribunal de Garantías Constitucionales). Se trata de aspectos tomados de la doctrina política francesa.

No obstante, cabe hacer un reparo al precepto transcrito. En lo que tiene que ver con la interpretación de los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos la Corte Constitucional no será el máximo intérprete, pues, por la ratificación que Ecuador ha hecho de la Convención Americana o Pacto de San José, nuestro órgano de control está obligado a guiarse por las interpretaciones que realice la Corte Interamericana de Derechos Humanos, máximo órgano judicial del Continente.

VI. Omisiones sobre la irretroactividad y la inaplicabilidad

Entre las cuestiones que no fueron consideradas en el nuevo texto constitucional se puede señalar al menos dos importantes, que las ha mantenido el constitucionalismo ecuatoriano. La primera, la Constitución actual nada dice sobre la irretroactividad o no de los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad. Tradicionalmente en Ecuador se ha dispuesto que las declaraciones de inconstitucionalidad no tienen efecto retroactivo. Este criterio se ajusta más a la doctrina jurídica que se inclina por la irretroactividad como principio general, en todas las áreas del Derecho, lo contrario es peligroso para la seguridad jurídica.

Es la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que se refiere en el artículo 95 a los efectos de la sentencia en el tiempo en materia de control abstracto de constitucionalidad. Señala que tiene efectos de cosa juzgada hacia el futuro, sin embargo, de modo excepcional puede darse lo contrario en el caso de diferir o retrotraer los efectos de las sentencias cuando es necesario preservar la vigencia de los derechos constitucionales. (El art. 96.4 reafirma esta cuestión). A estas disposiciones les falta claridad y precisión.

La segunda cuestión, que más que omisión es una supresión meditada, tiene que ver con el modelo difuso de control de constitucionalidad, por parte de los jueces ordinarios, y que da lugar al sistema de inaplicabilidad. Desde la Carta Política de 1967 Ecuador estableció el modelo difuso junto al concentrado, ejercido por el Tribunal de Garantías Constitucionales de la época. En ese entonces, se facultó a la Corte Suprema para declarar inaplicable

cualquier precepto legal contrario a la Constitución con efectos Inter partes, en los casos que estuvieren bajo su conocimiento y resolución.

La Constitución codificada de 1998 amplió esta atribución permitiendo que todos los jueces y tribunales puedan declarar la inaplicabilidad, no solo a petición de parte sino incluso de oficio, y —como es obvio— sin perjuicio de resolver la cuestión principal de la causa. La inaplicabilidad debía ser informada al Tribunal Constitucional para que lo resuelva con efectos *erga omnes*.

Es de lamentar que el sistema de inaplicabilidad que tuvo una experiencia positiva y un desarrollo aceptable se haya eliminado. En su reemplazo se ha establecido que el juez, de oficio o a petición de parte, suspenda la tramitación de la causa y envíe en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la cual debe resolver la constitucionalidad en un plazo de cuarenta y cinco días; caso contrario –si transcurre este plazo sin resolverse la cuestión— "el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente", (art. 428 de la Constitución).

No me parece que esta solución sea eficaz, conociendo de la demora con que actúan nuestros órganos. Y, cuál es esa acción de que habla la disposición constitucional: ¿la de protección o la de inconstitucionalidad? Respecto a este punto la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (art. 142 inciso tercero) establece que, una vez transcurrido el plazo de cuarenta y cinco días el proceso se sigue tramitando y la resolución que dé la Corte Constitucional —después— no tendrá efecto retroactivo, "pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiera sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional". Es decir, el litigio continúa "gracias" a la demora del órgano de control.

VII. Otras normas de organización y funcionamiento

La Corte Constitucional goza de autonomía administrativa y financiera, está integrada por nueve miembros, cuyo periodo de duración es de nueve años. Los jueces constitucionales ejercen

sus funciones en plenario y en salas; el Pleno se conforma con un *quorum* de cinco jueces y, de modo general, las decisiones requieren de cinco votos conformes. Hay salas de Admisión, Selección y Revisión con tres jueces cada una (presidida por un juez) y que actúan mensualmente de manera rotativa. La Sala de Admisión es la más sobrecargada de trabajo, debido a las acciones extraordinarias de protección. Para evitar presiones y proteger su independencia, los jueces del órgano de control, no están sujetos a juicio político ni pueden ser removidos por quienes los designen. Sin embargo, están sometidos a los mismos controles que el resto de las autoridades públicas; sus opiniones, fallos y votos emitidos en el ejercicio del cargo no son objeto de responsabilidad penal.

Los requisitos para ser juez constitucional son similares a los de los jueces de la Corte Nacional. Además de ser ecuatoriano y encontrarse en ejercicio de los derechos políticos, el candidato debe poseer un título de tercer nivel en Derecho y haber ejercido con probidad notoria la profesión sea de abogado, sea en el campo de la judicatura, o en la docencia universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de diez años. También hay el requisito de "No pertenecer ni haber pertenecido en los últimos diez años a la directiva de ningún partido o movimiento político". Como se observa, esta prohibición tiene relación únicamente con cargos directivos, no se refiere al derecho político de unirse o afiliarse a un partido o movimiento.

VIII. La forma de designación constituye una elección cerrada

La designación de los jueces constitucionales tiene sus particularidades propias. La actual norma constitucional establece que debe haber una Comisión Calificadora para llevar adelante esta elección. En dicha comisión participan tres de las cinco funciones del Estado: legislativo, ejecutivo, de transparencia y control social. Cada una (de las funciones) nombra a dos personas, fuera de su seno y que tengan los mismos requisitos que se pide para ser juez constitucional. De esta manera, el número de comisionados serían seis y deben posesionarse en el término de cinco días

ante la máxima autoridad de transparencia y control social (ante quien preside este órgano compuesto).

Los comisionados inician el proceso de designación de jueces constitucionales mediante una convocatoria pública a las tres Funciones (legislativa, ejecutiva y de transparencia y control social) para que cada una presente nueve candidatos alternados y fuera de su seno, según la Ley Orgánica respectiva (art.180.3). Si hay candidatos que no cumplen los requisitos, estos deberán ser reemplazados a pedido de la Comisión Calificadora en el término de tres días. También se realizará la inscripción de veedurías en el término de cinco días, a partir de la convocatoria. Previo al concurso público para seleccionar a los jueces constitucionales la Comisión Calificadora preparará el reglamento al que se ajustará el concurso. En este contexto de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana, y que en la integración de la Corte se procure la paridad entre hombres y mujeres, se desarrolla la selección de los miembros.

Sin embargo, esta forma de designar jueces constitucionales tiene una grave deficiencia. Consiste en que quien quiera ser candidato no puede serlo por voluntad propia, necesariamente debe ser presentado por una de las tres funciones del Estado y si alguien no consta en ese listado de 27 candidatos, pues, no puede concursar. A esta forma de designación o concurso le denomino como un proceso de selección y de designación cerrado. Lo cual es antidemocrático.

Desde luego, la finalidad que este sistema —creado en 2008— se propone alcanzar tiene un sesgo visible: busca una afinidad política en los candidatos con el Gobierno. La meritocracia —tan reiterada en la Constitución 2008— da paso libre a jueces sumisos al poder político. Es de esperar que esta disposición sea reformada lo más pronto posible, para tener un Estado democrático y constitucional. Como se pregona hoy en día.

Referencias

Aguiar de Luque, Luis y Pérez Tremps, Pablo (dirs.), *Veinte años de jurisdicción constitucional en España,* Valencia, Tirant

Lo Blanch-Instituto de Derecho Público Comparado-Universidad Carlos III, 2002.

Barroso, Luís Roberto, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro,* 7a. ed., Sao Paulo, Editora Saraiva, 2016.

Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión,* Bogotá, Temis, 1997.

Carpizo, Jorge, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Perú, Ed. Grijley, 2009.

Espín Templado, Eduardo; Díaz Revorio, F. Javier (coords.), *La justicia constitucional en el Estado democrático,* Valencia, Cortes de Castilla-La Mancha-Tirant Lo Blanch, 2000.

Fix-Zamudio, Héctor; Ferrer Mac-Gregor, E., *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales,* México, Porrúa, 2009.

Salgado Pesantes, Hernán, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana,* Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.

Salgado Pesantes, Hernán, *Lecciones de Derecho Constitucional,* 5a. ed., Quito, Cevallos editora Jurídica, 2024.

La pedagogía constitucional en Emilio Rabasa: propuestas para la organización del poder

***

Constitutional pedagogy in Emilio Rabasa: proposals for the organization of power

*Julio E. Sancliment Martínez**

Resumen: la obra de Emilio Rabasa, uno de los juristas más prestigiosos de México a finales del siglo XIX y principios del XX, puede ser interpretada desde la Teoría de la Constitución. Este enfoque lo posiciona como un precursor de dicha teoría y resalta su relevancia continua, especialmente en contextos de gran desigualdad como los de América Latina, que necesitan un constitucionalismo auténticamente transformador.

Abstract: the work of Emilio Rabasa, one of Mexico's most esteemed jurists of the late 19th and early 20th centuries, can be interpreted through the lens of Constitutional Theory. This perspective positions him as a precursor to theory and highlights the ongoing relevance of his ideas, particularly in highly unequal contexts such as those in Latin America, which need genuinely transformative constitutionalism.

* Doctor por la Universidad de Salamanca y Máster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Director del Departamento de Derecho en el Tecnológico de Monterrey, Campus Querétaro, *jsancliment@tec.mx*

Palabras clave: Emilio Rabasa, teoría de la Constitución, cultura constitucional, frenos y contrapesos.

Keywords: Emilio Rabasa, theory of the Constitution, constitutional culture, *checks and balances*.

Sumario: I. Planteamiento. II. La teoría de la constitución. III. Afanes realistas e historicismo rabasianos. IV. Los *checks and balances* y el acento en el control de constitucionalidad. V. Consideraciones finales. Referencias.

I. Planteamiento

El presente trabajo tiene por finalidad mostrar que el pensamiento de Emilio Rabasa, quien fuera uno de los más afamados constitucionalistas mexicanos de finales del siglo xix y principios del xx,[1] ofrece la posibilidad de ser leído en consonancia con la *teoría*

[1] Emilio Rabasa fue una figura política e intelectual del porfiriato, nacido en Ocozocoautla, Chiapas, el 22 de mayo de 1856. Realizó sus estudios en el Instituto de Ciencias y Artes de Oaxaca, donde obtuvo el grado en Derecho en 1878, siendo ese año en el que tuvo un primer acercamiento con La Libertad, donde destacarían los textos político-cientificistas de Justo Sierra. Fueron las lecturas de los artículos de La Libertad, las que le acercaron a las tesis del positivismo sociológico, que por aquellos años brillaban en Europa de la mano de Auguste Comte, Henri de Saint Simon o Herbert Spencer; doctrina que le acompañaría a lo largo de su vida. En lo que respecta a su carrera política, en 1881 fue síndico del Ayuntamiento de Tuxtla Gutiérrez, Chiapas; en 1882, diputado local en dicho Estado y después secretario particular de Luis Mier y Terán. Desde 1885 hasta 1887 fue diputado en Oaxaca, para después ser, en la capital, agente del ministerio público, juez penal, diputado federal suplente y catedrático. Así, Rabasa se convirtió en alguien cercano a Porfirio Díaz, lo que le ayudó a ser gobernador de Chiapas (1891-1894) y senador de la República (1894-1913). Disuelta la Cámara de Senadores por Victoriano Huerta, en mayo de 1914 acudió como diplomático a la "Conferencia de Niagara Falls", la cual buscaba solucionar la tensión entre México y Estados Unidos, cuyos marines se hallaban en ese momento en las costas de Veracruz. Ante el fracaso de la conferencia, la caída de Huerta y el ascenso de Carranza, decidió lanzarse al exilio en Nueva York, hasta 1920.
Como novelista, Rabasa es precursor del realismo mexicano, al escribir "bajo el seudónimo de "Sancho Polo"" la tetralogía de *Novelas Mexicanas*:

de la Constitución, lo que, dada la época en la que escribió, permitiría considerarle como uno de sus precursores. Derivado de lo anterior, buscaré expresar que la obra de Rabasa posee varios aspectos de auténtica *pedagogía constitucional,* que acaso valdría la pena considerar para la organización del poder en una realidad tan desigual como la prevaleciente en la América Latina del presente, que se encuentra necesitada de aproximaciones auténticamente constitucionalistas, es decir, unas que vayan más allá del *positivismo formalista* y *legolátrico* que presupone, así sea a la manera del *caballo de Troya*, el *principio de supremacía legislativa*. Por consiguiente, lo primero será establecer qué entiendo por *teoría de la Constitución* y qué no forma parte de ella, por más que algunas expresiones, de manera *espuria*, hayan insistido en adscribírsele.

Hilando con lo anterior, explicaré que la obra de Rabasa tiene una indefectible vocación orgánico-realista, por lo que considero oportuno destacar desde ahora que buena parte de esta pasa por reivindicar el *principio de frenos y contrapesos*, donde un adecuado funcionamiento del *control de constitucionalidad* es indispensable. Por último, a manera de conclusión mostraré que Rabasa bien pudiera ser inscrito en lo que Pablo Lucas Verdú ha llamado el "museo de antigüedades y curiosidades constitucionales",[2] porque si bien es cierto que nuestro autor no formuló una *teoría de la Constitución* propiamente hablando, también lo es que el núcleo de su obra, la cual establece los acentos en la organización del poder y no en los que la *Constitución de 1857* denominó *derechos del hombre*, posee cierta pedagogía auténticamente constitucional.

La bola (1887), La gran ciencia (1887), El cuarto poder (1888) y Moneda falsa (1888). Posteriormente publicó La guerra de tres años (1891), publicada en El Universal. Sin embargo, lo que le proporcionó mayor prestigio fue su obra de análisis constitucional: El Artículo 14; estudio constitucional (1906), La Constitución y la dictadura; estudio sobre la organización política de México (1912) y El Juicio Constitucional; orígenes, teoría y extensión (1919).

Por último, fue uno de los maestros fundadores de la Escuela Libre de Derecho en 1912, donde enseñó Derecho Constitucional y fue el cuarto rector, desde enero hasta que falleció, el 25 de abril de 1930.

[2] Lucas Verdú, Pablo, *Teoría de la Constitución como ciencia cultural,* Madrid, Dykinson, 1997, pp. 63-70.

II. La teoría de la Constitución

Las llamadas *Revoluciones Atlánticas* de finales del siglo XVIII trajeron consigo numerosas consecuencias para la organización del poder y para el concepto mismo de Constitución. No en vano Francisco Tomás y Valiente consideró que la noción básica de Constitución abreva del artículo 16 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, la cual establece en términos generales que una Nación que no tenga reconocidos los *derechos fundamentales* de las personas y que no divida el ejercicio del poder, carece de Constitución.[3] No obstante que la *cultura constitucional* se ha configurado principalmente a partir de los anhelos de libertad, igualdad, paz y justicia que implican dichos acontecimientos históricos, para comprender verdaderamente qué conforma la *teoría de la Constitución* es necesario realizar algunas distinciones a partir del legado del pensamiento *ilustrado*.

Lo primero indispensable para identificar los componentes de la *teoría de la Constitución* es partir de lo que Peter Häberle identifica como premisa *antropológico-cultural*: la *dignidad humana*.[4] Si se toma por válido lo anterior, cualquier forma de organizar el poder que no tenga por finalidad principal la garantía de la dignidad no forma parte de la *teoría de la Constitución*. Esta no es una afirmación menor porque implica dejar fuera de dicha teoría a toda una tradición del pensamiento, sobre todo de estirpe alemana, que hace residir la *soberanía popular* en el Estado, considerándolo además como un fin en sí mismo. Por ello, no es extraño que la *teoría de la Constitución per se* no haya surgido sino hasta el primer tercio del siglo pasado, pues qué duda cabe de que no es compatible con el *positivismo formalista* y *legolátrico* que legó el *racionalismo jurídico* exacerbado. Y no es que en las expresiones *racionalistas* extremas no se abrazara la premisa dignataria, sino que el problema aparece cuando la dignidad y, por supuesto, los derechos se encauzan a través del *principio de supremacía legislativa*.

[3] "Artículo 16: Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, carece de Constitución". La traducción es nuestra.

[4] Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, 2a. ed., trad. de Héctor Fix-Fierro, México, IIJ- UNAM, 2016, pp. 161 y ss.

Ignacio de Otto enseñó que a partir de las *Revoluciones Atlánticas* se generaron al menos dos versiones del Constitucionalismo:[5] una que llamaremos *soberanista* y otra *garantista*. Ambos *constitucionalismos* parten de la dignidad humana y, por lo tanto, reconocen el *principio de soberanía popular*, sin embargo, acaso una de sus mayores distinciones estriba en el tratamiento que se le da en cada uno de ellos al referido principio.

El *constitucionalismo soberanista* es un concepto complejo, pero destaca su apuesta decidida por el *principio de supremacía legislativa*, por lo que no parece exagerado considerarle *legolátrico*. Esta versión se puede expresar a partir de los siguientes razonamientos: *i)* el pueblo es soberano; *ii)* el poder soberano es por definición absoluto e ilimitado; *iii)* la representación democrática más acabada del pueblo soberano se encuentra en la Asamblea; *iv)* la Asamblea es el poder legislativo, y *v)* su tarea principal es la de realizar las leyes. Conclusión: si la ley proviene del poder legislativo; si este es la reunión de los representantes del pueblo soberano; y si el poder soberano es absoluto e ilimitado; entonces la ley es la manifestación de la soberanía popular por excelencia, y por tanto se encuentra justificado el *principio de supremacía legislativa*, lo cual implica que no se aceptará ningún tipo de control como el de constitucionalidad.

Por otra parte, el *constitucionalismo garantista* en sentido clásico proporciona un tratamiento distinto al *principio de soberanía popular*: la soberanía no se deposita en el poder legislativo sino en la Constitución misma mediante el poder constituyente, el cual crea los poderes constituidos por debajo de la Constitución y en igualdad de condiciones. Por eso el constitucionalismo garantista se entiende solamente desde la visión normativa de la Constitución, ya que solo ahí puede ser auténtica norma de garantía, y por lo tanto solamente desde ahí puede asegurarse que siga siendo suprema. Por eso mismo, si se retoma que la dignidad humana solamente cobra sentido cuando se garantiza en los hechos, puede argumentarse que es en el garantismo donde, desde el punto de vista teórico, tiene más posibilidades de suceder. En

[5] Otto, Ignacio de, *Derecho Constitucional; sistema de fuentes*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1988, p. 13.

una palabra, según sostiene De Otto, en Estados Unidos, ejemplo arquetípico del constitucionalismo garantista, "resulta claro desde el principio que las normas contenidas en la Constitución escrita son derecho, el derecho supremo del país, al que han de sujetarse los órganos del Estado en el ejercicio de sus poderes, con la consecuencia de que es posible el control de constitucionalidad del mismo".[6]

Aun cuando el *constitucionalismo soberanista* pueda partir de la dignidad humana como premisa, su andamiaje no parece estar orientado sinceramente hacia su garantía. Ciertamente, una organización del poder donde lo dicho por el legislativo no admite control alguno, no ofrece garantías de que la Constitución se realizará y no se modificará, ya implícita ya explícitamente, a partir de ejercicios *voluntaristas* que soplarán al ritmo de las mayorías políticas. Por lo tanto, puedo sostener que la auténtica *teoría de la Constitución* abreva de tomarse en serio el *principio de supremacía constitucional* y, por supuesto, los mecanismos de *control de constitucionalidad*. Así las cosas, no puedo sino coincidir con Lucas Verdú cuando sostuvo que la *Teoría de la Constitución* es cultura euroatlántica inspirada por ciertas ideologías, que parte de la dignidad y deriva en una *dimensión axiológica*[7]que se expresa a través de principios "derechos y organizacionales" tendentes a la limitación del poder. Planteada en estos términos la *teoría de la Constitución* no es bien recibida en el *positivismo formalista* y *legolátrico* del *principio de supremacía legislativa*, por lo que, si Rabasa defiende el *principio de supremacía constitucional*, pienso existen buenos indicios para acercarlo a la *teoría de la Constitución*.

6 *Idem*.

7 Esta idea se inspira en parte de la llamada teoría Tridimensional del Derecho, que fue originalmente planteada en Brasil por el profesor Miguel Reale, *Filosofia do direito,* Sao Paulo, Edicao Saraiva, 1953; y en *Teoría Tridimensional del Derecho*, traducida al Castellano por Ángeles Mateos, Madrid, Tecnos, 1997.

III. Afanes realistas e historicismo rabasianos

Para colocar la obra de Emilio Rabasa en su adecuada dimensión considero que podemos comenzar por decir que se trata de un autor al que ha preocupado ante todo que la Constitución tenga posibilidades auténticas de realizarse en los hechos. Lejos se ha colocado de los afanes *teóricos* o *metafísicos* que él mismo supo identificar en el *constitucionalismo soberanista* que prevaleció en el México de su época, al que sin más calificó de *jacobino*, los cuales consistían básicamente en creer que era posible injertar acríticamente en el país constituciones que fueron ideadas en otras latitudes y para pueblos culturalmente distintos. Para expresarlo con otras palabras, una de las preocupaciones centrales de la obra de Rabasa es la falta de *eficacia constitucional* en el México de finales del *Porfiriato*.

Con la finalidad de mostrar la vocación realista del autor, parece adecuado formular un paralelismo con la clasificación *ontológica* de Karl Loewenstein.[8] En efecto, se puede percibir en Rabasa una lógica paralela a la del jurista germano, donde existe una tendencia clara hacia la realización efectiva de la Constitución. A la manera de Loewenstein, Rabasa inicia su libro denominado *El Juicio Constitucional* clasificando las constituciones en tres: espontáneas, ratificadas e impuestas. Como sostuviera Martín Díaz y Díaz, con esta clasificación Rabasa "se propuso cotejar la correspondencia de las formas jurídicas que regulan la estructuración política de los pueblos y los modos por los que se transmite el poder en las sociedades, atendiendo al grado específico de desarrollo político".[9] Rabasa consideró que las constituciones surgidas espontáneamente, como la inglesa, tenían un grado de cumplimiento cercano a la excelencia, mientras que las impuestas, como las de la América Latina, se contentan con ser una si-

[8] Loewenstein, Karl, *Verfassungslehre*, Tübingen, 1959. La primera edición se publicó en inglés en 1957, bajo el título *Political Power and the governmental Process,* University of Chicago Press. En este trabajo se cita a partir de la traducción castellana de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, segunda edición en Castellano, primera reimpresión, 1979.

[9] Díaz y Díaz, *Emilio Rabasa: teórico de la dictadura necesaria,* México, Escuela Libre de Derecho– Miguel Ángel Porrúa, 1991, p. 83.

mulación por estar inspiradas en principios teóricos irrealizables en la *praxis* mexicana. En una palabra, se trata de la *constitucionalización de la mentira* a la que se refirió Octavio Paz.[10]

Pero para comprender cabalmente cómo es que Rabasa buscó que la Constitución no fuera esa realidad mentirosa, el punto de partida se halla en el binomio integrado por la observación de la realidad y de la experiencia. Para él la organización del poder no será estable a través del tiempo mientras no se encuentre alineada con la Constitución, porque solo ahí se puede asegurar el desfile de actores políticos e ideologías pacíficamente. No obstante, dicho alineamiento no será factible a no ser que la Constitución sea un reflejo de las condiciones sociales.[11] Así las cosas, la labor del poder constituyente deberá consistir más que en ejercicios creativos o en la importación acrítica de principios políticos extranjeros, en la interpretación de las manifestaciones culturales, sentando las bases para que el país pueda ir evolucionando políticamente.[12] Desde luego, la pregunta que surge ahora es ¿cómo lograr el alineamiento entre la Constitución y la realidad que aspira a ordenar?

Para responder a la pregunta anterior, considero que Peter Häberle puede proporcionarnos algunas claves importantes. El profesor alemán sostiene la existencia de dos dimensiones constitucionales que bien pudieran traducir el proceso cultural de alineamiento entre Constitución y realidad al que se refiere Rabasa en *La Constitución y la dictadura*: el tiempo y el espacio. La dimensión temporal en la Constitución se conforma por dos elementos dignos de destacarse, uno relativo a la experiencia histórica que debe ser considerada al redactar la carta magna, y otro que se refiere a las necesidades sociales y demandas vigentes al momento de reunirse el poder constituyente. Por su parte, la dimensión espacial implica el cúmulo de tradiciones culturales del mundo que han influido en prácticamente todas las constitu-

10 Paz, Octavio, *El Laberinto de la Soledad*, 2a. ed., México, FCE, 1976. Véase el capítulo segundo.

11 Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura,* México, Tipología de Revistas, 1912. Se cita a través de la décima edición, segunda reimpresión, México, Porrúa, 2006, p. 241.

12 *Idem*.

ciones de *Occidente*, las cuales también deben ser consideradas como realidades históricas en sí mismas.[13] Esta doble dimensión espaciotemporal fue reconocida implícitamente por Emilio Rabasa en sus obras. A manera de ejemplo comprobatorio, en *La Constitución y la dictadura*, al analizar la Constitución de 1857 el autor dedica una buena parte del trabajo al estudio de la Historia del México independiente.[14] Asimismo, realiza un profundo análisis sobre lo acontecido en el *Congreso Constituyente de 1856-1857*,[15] para concluir con una revisión de la Carta a la luz de la experiencia comparada.[16]

Ciertamente, la *teoría de la Constitución* tiene como una de sus finalidades principales que la carta magna se realice en los hechos. Esto es así, en buena medida, como consecuencia de las constituciones semánticas que han prevalecido en Latinoamérica, lo mismo hoy que en la época de Rabasa. En este orden de ideas, lo auténticamente constitucional demanda vehementemente un punto de contacto entre el texto y el contexto, con lo cual se rompe una primera lanza constitucionalista en favor de nuestro autor.

IV. Los *checks and balances* y el acento en el control de constitucionalidad

Probablemente el mejor crítico de Emilio Rabasa haya sido Daniel Cosío Villegas, quien le propinó un potente e inteligente ataque en *La Constitución de 1857 y sus críticos*. En dicho trabajo Cosío Villegas, entre otras cosas, sostuvo que los argumentos *rabasianos* vertidos en *La Constitución y la dictadura* en realidad buscaban justificar a Porfirio Díaz, pintándolo como una víctima de la deficiente *Constitución de 1857*.[17] Lo cierto es que al margen de las consideraciones historiográficas relativas a los motivos que

13 Häberle, Peter, *op. cit*., pp. 55 y ss.

14 Rabasa, Emilio, *op. cit*., pp. 3-57.

15 *Ibidem*, pp. 57-97.

16 *Ibidem*, pp. 117-241.

17 Cosío Villegas, Daniel, *La Constitución de 1857 y sus críticos,* 2a. ed., México, FCE-Clío-El Colegio Nacional, 2007, pp. 144 y 145.

tuvo Rabasa para escribir lo que escribió sobre el inequitativo reparto de competencias entre los poderes ejecutivo y legislativo en la *carta de 57*; sus posiciones al respecto admiten también una lectura desde la *teoría de la Constitución*. En estas coordenadas es donde me ubico en estos momentos.

Si la Constitución aspira a ser suprema no puede prevalecer el poder legislativo so pretexto de ser el depositario de la soberanía popular, tal como hemos visto que deseó el *constitucionalismo soberanista*. Por el contrario, es necesario un esquema constitucional en el que en igualdad de condiciones los poderes se contrapesen y limiten efectivamente, generando mayores posibilidades de *eficacia constitucional*. Así las cosas ¿la Constitución de 57 abrazó el principio de frenos y contrapesos? Existen numerosos trabajos que evidencian el desbalance orgánico de la *carta magna*.[18] En este sentido es de destacarse lo expresado por Ignacio Comonfort,[19] el primer presidente de la República en gobernar bajo su vigencia. El presidente Comonfort criticó la posición inferior que guardaba el poder ejecutivo frente a un legislativo *asambleario*, algo que sería compatible con lo que sostendrían Benito Juárez y Sebastián Lerdo De Tejada en la *Ley de Convocatoria y la Circular explicativa* de 14 de agosto de 1867.[20] Asimismo, este desbalance entre los referidos poderes, en favor del legislativo, sería criticado posteriormente también por Justo Sierra[21] y, por supuesto, por Emilio Rabasa.

---

18 Dentro de ellos destacan dos textos que son considerados clásicos: por una parte, el de *México a través de los siglos*, escrito en su parte conducente por José María Vigil, "La Reforma", en Vicente Riva Palacio (dir.), *México a través de los siglos. 1884*, México, UAM Azcapotzalco-INAOE-El Colegio de Jalisco, 2007, y por otra Daniel Cosío Villegas, *Historia Moderna de México*, t. I, *La República Restaurada, La Vida Política*, México y Buenos Aires, Editorial Hermes, 1959.

19 Comonfort, Ignacio, "Política del General Comonfort durante su gobierno en México", en Anselmo de la Portilla, *México en 1856 y 1857. Gobierno del General Comonfort*, Nueva York, Imprenta de S. Hallet, 1858, p. 383.

20 Lerdo de Tejada, Sebastián, "Circular del ministro de Gobernación que explica el objeto del plebiscito, 14 de agosto de 1867", en Tamayo, Jorge, *Benito Juárez. Documentos, Discursos y Correspondencia*, vol. XII, México, Secretaría del Patrimonio Nacional, 1971, pp. 332-341.

21 Hale, Charles A., *The transformation of liberalism in late nineteenth-century Mexico,* Nueva Jersey, Princeton University Press, 1989. Existe traducción castellana de Purificación Jiménez, México, Vuelta, 1991, p. 90.

Rabasa explica en su *Constitución y Dictadura* que, cuando se acababa de reestablecer el orden constitucional en 1861, después de la *Guerra de tres años*, 51 diputados solicitaron la renuncia al presidente Benito Juárez. El Segundo Congreso Constitucional deliberó y votó, obteniendo el presidente una mayoría a favor de sus intereses de solo tres votos, lo que le dejaría un mal sabor de boca. Al respecto, Rabasa sostiene que acaso motivado por esta experiencia Juárez utilizó los medios dictatoriales como una manera de evitar someterse a los vientos mayoritarios de la política, pues esto le impedía tener *gobernabilidad* en el país.[22] Posiblemente el presidente Juárez se preguntaba cómo podría gobernar un país donde su encargo dependía de las mayorías políticas. En lo que respecta al análisis orgánico que Rabasa realiza en favor del *principio de frenos y contrapesos*, es de destacarse su vocación por reestablecer el senado de la República, además de la necesidad de contar con una facultad de *veto* efectiva, es decir, que no pudiera ser superado por la misma mayoría congresional que había creado la ley objetada.

Como una muestra palpable de que Rabasa rechaza el *principio de supremacía legislativa*, encontramos que atribuye buena parte de la ineficacia constitucional al hecho de estar fundada en lo que consideró eran dos principios ya superados en 1856-1857: la representación de la soberanía popular en la Asamblea Legislativa; y, la voluntad incorruptible e infalible que representa la voz del pueblo que habla en el legislativo. Si esto es así lo lógico sería

[22] "Había visto en septiembre de 1861, apenas restablecido el orden legal, que cincuenta y un diputados le pedían su abdicación en favor de González Ortega, de aquel general victorioso que, al prestar la protesta como presidente de la Corte Suprema, pronunciaba un discurso censurando la política del Gobierno sancionada por el triunfo; y había visto que cincuenta y cuatro representantes lo sostenían con la pobre mayoría de tres votos. ¿Qué habría de esperar de un Congreso así, que él mismo calificó de Convención? Bien sabía, por otra parte, que los gobernadores no podrían someterse democráticamente a las Constituciones locales sin convertirse en juguete de los agitadores o de las legislaturas; que tenía que obrar de suerte que todo el poder estuviese en sus manos, y frente a jefes de Estado dictadores, era indispensable un Presidente dictador. Juárez empleó aquellas fuerzas, que no podía destruir; se apoyó en los gobiernos locales, apoyándolos a su vez, y se mantuvo con una mayoría del Congreso de que los gobernadores lo proveían". Rabasa, Emilio, *op. cit*., pp. 102 y 103.

suponer que nuestro autor ha abrazado el *principio de supremacía constitucional*. En este sentido, mis suposiciones adquieren tintes de comprobación al reparar en que la obra de Rabasa no puede terminarse de entender sin la lectura de *El Artículo 14*,[23] que es una crítica del autor hacia una disposición constitucional, la decimocuarta, por haber elevado a la categoría de garantía individual la exacta aplicación de la ley. En una palabra, Rabasa critica con fuerza y elocuencia pocas veces vista la confusión de la legalidad con la constitucionalidad, pues siempre que no se hubiera aplicado exactamente una ley procedería el juicio de amparo, siendo que esta garantía jurisdiccional estaba llamada a controlar la constitucionalidad, lo que además generó lo que llamó una imposible tarea para la Suprema Corte por la excesiva carga de asuntos que generaba el también llamado amparo casación.

Por lo anterior, es posible romper otra lanza *rabasiana* en favor de la *cultura constitucional*. Esto es así principalmente por el rechazo que el autor muestra hacia el *principio de supremacía legislativa*, el cual deriva de considerar que la soberanía popular habita en el poder legislativo. Además, la lógica expansiva del poder concentrado siempre terminará por afectar los *derechos fundamentales* de las personas, por lo tanto, por paradójico que sea, ya que Rabasa no se caracterizó por ser un ferviente defensor de los *derechos del hombre*, al apostar por el equilibrio entre poderes mediante la reinstauración del Senado y el establecimiento de una facultad de *veto* efectiva, se generarían las condiciones óptimas para el florecimiento de los derechos. Finalmente, es de destacarse como último elemento comprobatorio del *constitucionalismo culturalista* de Rabasa el hecho de que una de sus cartas más fuertes de su obra se halla en alcanzar un mecanismo de *control de constitucionalidad* eficiente para asegurar que la Constitución sea suprema y no se cuele la legalidad a este sitio, a la manera del *caballo de Troya*, vía la confusión conceptual provocada por el artículo 14 de la *Constitución de 1857*.

[23] Rabasa, Emilio, "El Artículo 14", *El artículo 14; estudio constitucional y el juicio constitucional;* orígenes*, teoría y extensión,* 2a. ed. México, Porrúa, 1955.

V. Consideraciones finales

En las páginas precedentes he procurado mostrar la viabilidad de considerar a Rabasa como un precursor de la *teoría de la Constitución*. El punto de partida para ello se encuentra en el énfasis del autor en la organización del poder en general y, específicamente, en la importancia de contar con mecanismos efectivos de *control de constitucionalidad*. En este sentido es reveladora su crítica al *principio de supremacía legislativa* en cuanto fundamento del *constitucionalismo soberanista* y *legolátrico* que prevalecía en el México de su tiempo. Y me parece reveladora porque nos permite leer dicha crítica a la par de sus propuestas, tanto la reinstauración del Senado como el establecimiento del *veto* efectivo, ambas realizadas a favor del *principio de frenos y contrapesos*. Y es que se trata una lectura que si bien ha sido puesta en tela de juicio desde la historiografía, desde la *teoría de la Constitución* hace cabal sentido y se sostiene. Por su parte, no cabe duda de que Emilio Rabasa insistió en que la Constitución refleje la realidad y la experiencia histórica de la Nación. Por ello, fue un personaje que mostró rechazo hacia la importación acrítica de constituciones e instituciones ideadas para realidades totalmente distintas. Finalmente, estimo que esta lectura de la obra de Rabasa nos permite considerarlo como una especie de clásico dentro del entendimiento culturalista de la Constitución, que es el que soporta la *teoría de la Constitución* misma, ampliando los horizontes pedagógicos para un constitucionalismo de corte transformador como el que se requiere actualmente en no pocos casos en Latinoamérica.

Referencias

Lucas Verdú, Pablo, *Teoría de la Constitución como ciencia cultural,* Madrid, Dykinson, 1997.

Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, 2a. ed., trad. de Héctor Fix-Fierro, México, IIJ- UNAM, 2016.

Otto, Ignacio de, *Derecho Constitucional; sistema de fuentes*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1988.

Miguel Reale, *Filosofia do direito,* Sao Paulo, Edicao Saraiva, 1953.

Miguel Reale, *Teoría tridimensional del derecho*, trad. de Ángeles Mateos, Madrid, Tecnos, 1997.

Díaz y Díaz, *Emilio Rabasa: teórico de la dictadura necesaria,* México, Escuela Libre de Derecho– Miguel Ángel Porrúa, 1991.

Paz, Octavio, *El Laberinto de la Soledad*, 2a. ed., México, FCE, 1976.

Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura,* México, Tipología de Revistas, 1912.

Comonfort, Ignacio, "Política del General Comonfort durante su gobierno en México", en Anselmo de la Portilla, *México en 1856 y 1857. Gobierno del General Comonfort*, Nueva York, Imprenta de S. Hallet, 1858.

Lerdo de Tejada, Sebastián, "Circular del ministro de Gobernación que explica el objeto del plebiscito, 14 de agosto de 1867", en Tamayo, Jorge, *Benito Juárez. Documentos, Discursos y Correspondencia*, vol. XII, México, Secretaría del Patrimonio Nacional, 1971.

Hale, Charles A., *The transformation of liberalism in late nineteenth-century Mexico,* Nueva Jersey, Princeton University Press, 1989.

Rabasa, Emilio, "El Artículo 14", *El artículo 14; estudio constitucional y el juicio constitucional;* orígenes*, teoría y extensión,* 2a. ed. México, Porrúa, 1955.

El Estado de derecho en condiciones de guerra:desafíos para el poder judicial constitucional de Ucrania

***

The rule of law in wartime: challenges for Ukraine's constitutional judiciary

*Olga Sovgyria**

Resumen: a pesar de los ataques diarios de la Federación de Rusia contra las ciudades ucranianas y los valores democráticos universalmente reconocidos, Ucrania no solo rechaza valientemente al enemigo en el campo de batalla, sino que también demuestra la actividad eficaz de las autoridades estatales. A partir del 24 de febrero de 2022, el Tribunal Constitucional de Ucrania pudo ajustar rápidamente su trabajo en las condiciones de la ley marcial, así como garantizar la adopción de las decisiones necesarias para mantener la capacidad de defensa de Ucrania.

El artículo se centra por separado en las posiciones del Tribunal Constitucional de Ucrania, adoptadas incluso antes del inicio de la invasión a gran escala, en los casos de: *i)* condena de los regímenes totalitarios comunista y nacionalsocialista (nazi) en Ucrania y la prohibición de propaganda de sus símbolos; *ii)* prohibición de distribución y demostración de obras audiovisuales de propaganda rusa.

* Jueza del Tribunal Constitucional de Ucrania, profesora de Derecho Constitucional. Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora de la Universidad Nacional Taras Shevchenko de Kyiv, de 2019 a 2022 era miembro del Parlamento ucraniano. Desde 2022 hasta hoy es jueza del Tribunal Constitucional de Ucrania.

Abstract: despite the daily attacks of the Russian Federation on both Ukrainian cities and universally recognized democratic values, Ukraine not only bravely repels the enemy on the battlefield but also demonstrates the effective activity of state authorities. From February 24, 2022, the Constitutional Court of Ukraine was able to quickly adjust its work in the conditions of martial law, as well as ensure the adoption of decisions necessary to maintain Ukraine's defense capability.

The article focuses separately on the positions of the Constitutional Court of Ukraine, adopted even before the start of the full-scale invasion, in the cases of: *i)* condemnation of the communist and national socialist (Nazi) totalitarian regimes in Ukraine and the prohibition of propaganda of their symbols; *ii)* prohibition of distribution and demonstration of Russian propaganda audiovisual works.

Palabras clave: Tribunal Constitucional de Ucrania, ley marcial, protección de los derechos humanos bajo la ley marcial.

Keywords: Constitutional Court of Ukraine, martial law, protection of human rights under martial law.

Sumario: I. Introducción. II. Cambios organizativos en el trabajo del Tribunal después del 24 de febrero de 2022. III. Posiciones claves de la Corte después del 24 de febrero de 2022. IV. Posiciones del Tribunal Constitucional sobre la protección de los derechos sociales en condiciones de agresión armada contra Ucrania. V. Peculiaridades de la nulidad de actos relacionados con la guerra en Ucrania. VI. Conclusión.

I. Introducción

Hoy Ucrania se enfrenta al problema de la agresión militar de Rusia. Todos los días, la Federación de Rusia ataca los valores democráticos universalmente reconocidos, que son la base de la Constitución de Ucrania. Sin embargo, Ucrania no sOlo está rechazando valientemente al enemigo en el campo de batalla, sino que también está tratando de proteger eficazmente los derechos

constitucionales del pueblo. Entonces, ¿existe el Estado de derecho en la guerra? Este será mi discurso.

Primero, quiero presentarles el Tribunal Constitucional de Ucrania, que garantiza la supremacía de la Constitución de Ucrania. Los principales poderes del Tribunal Constitucional de Ucrania incluyen la resolución de cuestiones sobre la conformidad de las leyes, los actos del presidente y del Gobierno de Ucrania con la Constitución de Ucrania, así como la interpretación oficial de la Constitución. Desde 2016, se ha introducido en Ucrania la institución de un recurso de constitucionalidad, cuando el Tribunal Constitucional de Ucrania decide sobre la conformidad de la Constitución con la ley basándose en el recurso de una persona que cree que la ley que se aplicó en la decisión judicial contradice la Constitución de Ucrania.

El Tribunal Constitucional está formado por 18 jueces que tienen experiencia significativa en la profesión jurídica y altas cualidades morales. La selección de candidatos para el puesto de juez se realiza mediante concurso y son nombrados por tres sujetos: el presidente de Ucrania, el parlamento y el Congreso de jueces de Ucrania. El mandato de los jueces es de nueve años.

Considero necesario llamar la atención de los participantes del Congreso sobre el hecho de que la agresión armada de la Federación de Rusia contra Ucrania no se lanzó en 2022, sino hace casi 10 años: el 20 de febrero de 2014, cuando se anexó la península de Crimea y algunos zonas de las regiones de Donetsk y Lugansk fueron ocupadas temporalmente. A partir del 24 de febrero de 2022, la agresión armada de la Federación de Rusia contra Ucrania se hizo total. El Tribunal Constitucional de Ucrania, como órgano del poder estatal, lleva casi 10 años defendiendo valores constitucionales clave en tiempos de guerra. En mi discurso, quiero llamar la atención de los participantes del Congreso sobre los cambios organizativos en el Tribunal Constitucional después del 24 de febrero de 2022, así como resaltar las posiciones clave del Tribunal relacionadas con la guerra, tanto antes como después de la invasión rusa a gran escala de Ucrania.

II. Cambios organizativos en el trabajo del Tribunal después del 24 de febrero de 2022

Durante los últimos años y medio de guerra a gran escala contra la Federación de Rusia, el Tribunal Constitucional de Ucrania no solo no detuvo su trabajo, sino que también tomó 22 decisiones. Por supuesto, la guerra provocó cambios organizativos en el trabajo del Tribunal Constitucional; por ejemplo, se vio obligado a adaptar su trabajo a las condiciones de constantes ataques con misiles contra Kyiv, ataques aéreos.

Los principales cambios en las actividades del Tribunal Constitucional de Ucrania durante la guerra se relacionan con un principio como el de apertura. Teniendo en cuenta el estado de guerra, la mayoría de las reuniones del Tribunal se llevan a cabo en forma de procedimientos escritos, es decir, el Tribunal presta más atención al estudio de los documentos escritos presentados, y no a la audiencia oral de los participantes en el proceso constitucional. Sin embargo, en casos que tienen especial resonancia para la sociedad, el Tribunal intenta celebrar audiencias orales y escuchar a científicos de renombre y representantes de las autoridades estatales.

Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional de Ucrania busca constantemente formas de facilitar el acceso de los ciudadanos a la justicia constitucional. Por ejemplo, este año implementó un formulario de recurso de constitucionalidad, que se puede encontrar en el sitio web oficial del Tribunal y es fácil de descargar y completar.

Ahora quiero mostrar la influencia de la guerra en algunas decisiones de nuestro Tribunal. Comenzaré con aquellas decisiones que se tomaron antes del 24 de febrero de 2022.

En 2019, al considerar el caso de la condena de los regímenes totalitarios comunista y nacionalsocialista en Ucrania y la prohibición de la propaganda de sus símbolos, el Tribunal Constitucional de Ucrania llamó la atención sobre el concepto de "democracia capaz de defenderse a sí misma": Cada vez que el Estado considera necesario invocar el principio de una "democracia capaz de defenderse" para justificar la injerencia en los derechos individuales, debe evaluar cuidadosamente los límites y las con-

secuencias de las medidas previstas para mantener la dicho saldo. El Tribunal Constitucional de Ucrania señaló que,

> [...] los símbolos del régimen comunista son ampliamente utilizados en los territorios temporalmente ocupados de Ucrania por formaciones armadas de la Federación de Rusia, formaciones armadas ilegales creadas, apoyadas y financiadas por la Federación de Rusia, así como por autoproclamadas organismos bajo el control de la Federación de Rusia, que usurparon funciones de poder en estos territorios y por eso es una amenaza real a la soberanía estatal de Ucrania, su integridad territorial y su sistema constitucional democrático. Por lo tanto, la prohibición del uso de los símbolos de los regímenes totalitarios prevista por la Ley persigue un objetivo legítimo y tiene como objetivo, en particular, prevenir la agresión externa y una mayor ocupación del territorio ucraniano, garantizando la protección de los derechos humanos.
>
> Por lo tanto, teniendo en cuenta la historia de la formación del Estado independiente de Ucrania, el contexto histórico y las amenazas que enfrenta en relación con la ocupación temporal de una parte de su territorio, Ucrania tiene derecho a defender los principios constitucionales, incluso mediante prohibiendo la propaganda de los regímenes totalitarios y el uso de sus símbolos. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional de Ucrania reconoció que la Ley. Sobre la condena de los regímenes totalitarios comunista y nacionalsocialista (nazi) en Ucrania y la prohibición de la propaganda de sus símbolos estaba en conformidad con la Constitución de Ucrania.[1]

El Tribunal Constitucional de Ucrania también tuvo en cuenta las circunstancias de la guerra de Rusia contra Ucrania al adoptar la decisión en 2021 en el caso de prohibir la distribución y proyección de películas de propaganda rusas.[2]

---

1 Decision of the Grand Chamber of the Constitutional Court of Ukraine dated July 16, 2019, numb. 9-r/2019 in the case upon the constitutional petition of 46 People's Deputies of Ukraine on compliance of the Law "On the condemnation of the communist and national socialist (Nazi) totalitarian regimes in Ukraine, and the prohibition of propaganda of their symbols" with the Constitution (constitutionality), *https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-19#Text*.

2 Decision of the Grand Chamber of the Constitutional Court of Ukraine of December 21, 2021, numb. 3-r/2021 in the case upon the constitutional petition of 47 People's Deputies concerning the conformity of certain

III. Posiciones claves de la Corte después del 24 de febrero de 2022

Después del 24 de febrero de 2022, además de los cambios organizativos, el enfoque del Tribunal Constitucional de Ucrania en la toma de decisiones sufrió cambios aún mayores. Por ejemplo, el Tribunal tiene en cuenta constantemente el hecho de que en Ucrania se ha introducido la ley marcial.

En la decisión del Tribunal Constitucional de Ucrania, adoptada en octubre de 2022, el Tribunal señaló:

> La Constitución de Ucrania se deriva de la obligación constitucional del Estado de otorgar un estatus jurídico especial a los ciudadanos de Ucrania que sirven en las Fuerzas Armadas. Fuerzas de Ucrania y otras formaciones militares, miembros de sus familias, así como personas armadas para defender la soberanía, la integridad territorial de Ucrania durante la agresión de la Federación de Rusia contra Ucrania, que comenzó en febrero de 2014, con la provisión de garantías sociales de alto nivel de acuerdo con este estatus.[3]

A finales de 2022, el Tribunal Constitucional adoptó una decisión en el caso de verificar el cumplimiento de la Constitución de Ucrania con los requisitos de la ley sobre la aclaración obligatoria del nombre de las organizaciones religiosas cuyo centro de gestión (administración) se encuentra fuera de Ucrania en el Estado agresor. El Tribunal llegó a la conclusión de que la ley en su conjunto tiene una base jurídica legítima, ya que fue adoptada en la vía constitucional define un objetivo legítimo, es necesaria

provisions of Article 6 of the Law "On Television and Radio Broadcasting", Articles 15, 15 and 26 of the Law "On Cinematography" with the Constitution (constitutionality), *https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va03p710-21#Text*.

[3] Decision of the Second Senate of the Constitutional Court of Ukraine dated October 12, 2022 No. 7-r(II)/2022 in the case upon the constitutional complaints of Volodymyr Zhydenko and Viktor Petrenko regarding the compliance of the provisions of Article 2 of the Law "On Measures for Legislative Support of Pension System Reform" dated July 8, 2011 No. 3668-VI with the Constitution (constitutionality) (the case on social guarantees for defenders of Ukraine), *https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-22#Text*.

para una sociedad democrática y satisface una necesidad social urgente en Ucrania.[4]

IV. Posiciones del Tribunal Constitucional sobre la protección de los derechos sociales en condiciones de agresión armada contra Ucrania

La agresión armada de Rusia contra Ucrania, que comenzó en 2014 y alcanzó su máxima escala el 24 de febrero de 2022, continúa por undécimo año. Durante este período, el Tribunal Constitucional de Ucrania examinó repetidamente casos sobre cuestiones sociales. Cabe señalar que el número de estos casos aumentó con la introducción del instituto de recurso de constitucionalidad en Ucrania como resultado de la reforma constitucional de la justicia en 2016. Además, la primera decisión que tomó el Tribunal Constitucional de Ucrania en el caso de un recurso de constitucionalidad se refería a las cuestiones de protección social de los ciudadanos que sufrieron como resultado del desastre de Chernobyl.[5]

En relación con el inicio de las hostilidades a gran escala en Ucrania, comenzó la migración, que, según los expertos, es ma-

[4] Decision of the Grand Chamber of the Constitutional Court of December 27, 2022 No. 4-r/2022 in the case upon the constitutional petition of 49 People's Deputies of Ukraine regarding the conformity of the Law of Ukraine "On Amending Article 12 of the Law of Ukraine "On Freedom of Conscience and Religious Organizations" regarding the statutory name of religious organizations (associations) that are part of the structure (affiliate with) a religious organization (association), governing center (administration) of which is located outside Ukraine in a state that is recognized by law as having implemented military aggression against Ukraine and/or temporarily occupied part of the territory of Ukraine" (the case regarding the full statutory name of religious organizations), *https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va04p710-22#Text*.

[5] Decision of the Second Senate of the Constitutional Court of Ukraine No. 1-r (II)/2019 dated April 25, 2019 upon the constitutional complaints of Anatolii Skrypka and Oleksii Bobyr concerning conformity to the Constitution of Ukraine of the provisions of Article 59.3 of the Law "On the Status and Social Protection of Citizens Affected by Chornobyl Catastrophe", *https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va01p710-19#Text*

siva y sin precedentes en su volumen desde la Segunda Guerra Mundial. Aproximadamente el mismo número enorme de desplazados internos registrados únicamente oficialmente en Ucrania: 4,9 millones de personas.[6] En 2014, la Rada Suprema de Ucrania incluso adoptó una ley especial "Sobre la garantía de los derechos y libertades de los desplazados internos",[7] según la cual un desplazado interno es un ciudadano de Ucrania, un extranjero o un apátrida que se encuentra en el territorio de Ucrania por razones legales y tiene derecho a vivir permanentemente en Ucrania, que se vio obligado a abandonar su lugar de residencia como resultado o para evitar las consecuencias negativas de un conflicto armado, ocupación temporal, manifestaciones generalizadas de violencia, violaciones de los derechos humanos y situaciones de emergencia de naturaleza natural o provocada por el hombre.

Incluso antes de que el proceso de migración y reasentamiento interno comenzara a adquirir un carácter masivo, el Tribunal Constitucional de Ucrania adoptó una serie de decisiones relacionadas con la implementación del derecho a la vivienda, que adquirieron extrema relevancia después del inicio de la invasión a gran escala en 24 de febrero de 2022.

Así, en la Decisión de 20 de diciembre de 2019,[8] el Tribunal Constitucional de Ucrania destacó que la Constitución de Ucrania establece, en particular en el artículo 47, diversas formas de hacer efectivo el derecho a la vivienda y no conecta la posibilidad de ejercer este derecho con la residencia permanente de una persona en tal o cual asentamiento (con lugar de residencia).

---

6 Внутрішньо переміщені особи. *https://www.msp.gov.ua/timeline/Vnutrishno-peremishcheni-osobi.html.*

7 Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб: Law of Ukraine on October 20, 2014 № 1706-VII, *https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/1706-18?lang=en#Text*

8 Decision of the Grand Chamber of the Constitutional Court of Ukraine No. 12-r/2019 dated December 20, 2019 in the case upon constitutional petition of 49 People's Deputies of Ukraine on the conformity of the provisions of Article 135.2 of the Housing Code of the Ukrainian SSR to the Constitution of Ukraine (constitutionality), *https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-19#Text*

En la Decisión del 22 de junio de 2022,[9] el Tribunal Constitucional de Ucrania concluyó que una persona que ejerce derechos y libertades constitucionales puede tener varios lugares de residencia, en particular, al mismo tiempo en varios asentamientos, y esto no puede llevar a obstruir la implementación efectiva de otros derechos constitucionales.

El 26 de mayo de 1986, Ucrania sufrió un desastre medioambiental: el accidente de la central nuclear de Chernobyl. El desastre de Chernobyl es la mayor catástrofe ambiental provocada por el hombre en la historia de la energía nuclear en términos de número de personas muertas, víctimas de sus consecuencias y escala de contaminación radiactiva de los territorios, principalmente en Ucrania. El desastre de Chernobyl tuvo un efecto particularmente devastador en la vida, la salud física y psicológica de los participantes en la liquidación de las consecuencias del accidente en la central nuclear de Chernobyl y de las víctimas del desastre de Chernobyl, a quienes se les diagnosticó discapacidad como resultado de este desastre (incluidos los niños con discapacidades).

Por lo tanto, la protección de las personas que eliminaron el accidente y de los afectados por él es una de las prioridades de la política estatal y la base social del sistema constitucional, que está directamente previsto en la Constitución de Ucrania. Así, el artículo 16 de la Constitución de Ucrania (contenido en la Sección I "Principios generales") especifica que garantizar la seguridad ambiental y mantener el equilibrio ecológico en el territorio de Ucrania, superar las consecuencias del desastre de Chernobyl, una catástrofe de escala planetaria, y preservar el acervo genético del pueblo ucraniano es deber del Estado.

En este sentido, incluso a pesar de la complicación de la situación financiera del Estado debido a la guerra, el Tribunal Constitucional de Ucrania defiende sistemáticamente la posición

[9] Decision of the Second Senate of the Constitutional Court of Ukraine No. 5-r(II)/2022 of June 22, 2022, in the case upon the constitutional complaint of Oleksiy Abramovych on conformity of Article 40.2.2 of the Housing Code of Ukraine with the Constitution of Ukraine (the case on the discrimination in the implementation of the right to housing), *https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-22#Text*.

sobre la necesidad de priorizar las necesidades de una categoría específica de personas en las decisiones tomadas antes del 24 de febrero de 2022, y después del inicio de una invasión a gran escala.

Así, en la Decisión del 7 de abril de 2021,[10] el Tribunal Constitucional de Ucrania enfatizó que las obligaciones sociales del Estado para con los ciudadanos que perdieron su salud como resultado del hecho de que el Estado en un momento el tiempo los obligó a participar en la superación de las consecuencias del accidente de la central nuclear de Chernobyl, y a quienes sufrieron discapacidades como resultado de tales acciones, así como a las personas con discapacidad entre las víctimas de este desastre, no debe depender de las capacidades financieras del Estado y su situación económica. El Tribunal Constitucional de Ucrania parte del hecho de que el Estado puede cambiar la regulación legislativa en el campo de la protección social de las personas que sufrieron como resultado del desastre de Chernobyl, sin embargo, en el caso de cambiar dicha regulación, no debe recurrir a restricciones que violan la esencia de sus derechos individuales, y se debe salvar el nivel alcanzado de protección social.

Se puede afirmar que las decisiones del Tribunal Constitucional de Ucrania sobre la protección y los derechos sociales de los ciudadanos que sufrieron como resultado del desastre de Chernobyl constituyen el grupo más grande de sus decisiones sobre cuestiones sociales. Solo en 2024, el Tribunal Constitucional de Ucrania adoptó dos decisiones relativas a la protección social de esta categoría de personas. Durante todo el período de agresión armada de Rusia contra Ucrania (desde 2014 hasta la actualidad), el Tribunal Constitucional de Ucrania también examinó cuestiones de protección social y provisión de pensiones para fiscales, funcionarios públicos y agentes del orden.

[10] Decision of the Second Senate of April 7, 2021, No.1-r(II)/2021 in the case upon the constitutional complaint of citizen Oleksandr Diachenko and other citizens of Ukraine on the compliance of paragraph 4.13 of Section I of the Law of Ukraine "On Amendments and Repeal of Certain Legislative Acts of Ukraine" of December 28, 2014 No.76–VIII with the Constitution of Ukraine (constitutionality). *https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va01p710-21#Text*

Cabe señalar que después de que la agresión armada de Rusia se intensificara el 24 de febrero de 2022, se introdujo la ley marcial en Ucrania mediante un Decreto del presidente de Ucrania, aprobado por la ley pertinente de Ucrania. Con base en la segunda parte del artículo 64 de la Constitución de Ucrania, durante la ley marcial se pueden establecer ciertas restricciones a los derechos sociales (excepto el derecho a la vivienda garantizado por el artículo 47 de la Constitución). La tarea del Tribunal Constitucional en tales condiciones es evaluar la idoneidad de las restricciones a los derechos y libertades de una persona y de un ciudadano para evitar que el legislador viole la esencia del derecho correspondiente, teniendo en cuenta las consecuencias financieras, situación económica, militar, social y política del Estado.

V. Peculiaridades de la nulidad de actos relacionados con la guerra en Ucrania

Quiero enfatizar una característica de los procedimientos constitucionales durante la guerra como el período de nulidad de los actos reconocidos como inconstitucionales. Según la regla general prevista por la Ley Sobre el Tribunal Constitucional de Ucrania, los actos reconocidos como inconstitucionales pierden su validez a partir de la fecha de adopción de la decisión pertinente por parte del Tribunal Constitucional.[11]

Sin embargo, durante la ley marcial, el Tribunal Constitucional ejerció más de una vez el derecho de posponer la pérdida de validez de un acto jurídico. Por lo general, en tales casos, el Tribunal pospone la pérdida de validez del acto por un período específico (tres o seis meses a partir de la fecha de la decisión del Tribunal), o por un período indefinido (observando que el acto pierde su validez tres meses después de la terminación o cancelación de la ley marcial en Ucrania). Esto está relacionado con el trabajo de otras autoridades estatales en Ucrania durante la guerra, principalmente el parlamento, que debería tener tiempo suficiente para adaptar sus leyes a la Constitución de

[11] On the Constitutional Court of Ukraine: Law of Ukraine on July 13, 2017 № 2136-VIII, *https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/2136-19#Text*

Ucrania, cambiar ciertas políticas y hacer los cálculos económicos apropiados.

VI. Conclusión

Ucrania tiene un camino largo y difícil por recorrer antes de derrotar al enemigo en el campo de batalla y restaurar su integridad territorial. Por eso la actividad de todas las autoridades estatales en condiciones de ley marcial debe apuntar al máximo a la protección jurídica y social del personal militar, que con su valiente lucha protege eficazmente al Estado ucraniano y al pueblo ucraniano.

En sus actividades, el Tribunal Constitucional de Ucrania se esfuerza por demostrar por qué el poder judicial constitucional es importante incluso en tiempos de guerra. Para ello, el Tribunal Constitucional de Ucrania pudo reorganizar rápidamente sus actividades después del 24 de febrero de 2022, considerando los casos principalmente en el orden de los procedimientos escritos.

Una característica clave de la implementación del principio del Estado de derecho durante la guerra fue el examen por el Tribunal Constitucional de Ucrania de casos relacionados directa o tangencialmente con la protección de la soberanía y la integridad territorial de Ucrania, en particular la prestación de servicios sociales. protección para los ciudadanos de Ucrania que sirven en las Fuerzas Armadas de Ucrania y en otras formaciones militares.

Durante la agresión armada de la Federación de Rusia contra Ucrania "y ya han pasado más de 10 años" el Tribunal Constitucional de Ucrania ha defendido sistemáticamente los valores constitucionales que son la esencia de nuestro Estado y, de hecho, una de las ideas de que estamos luchando en esta guerra. Así, en un momento, el Tribunal Constitucional de Ucrania fundamentó el derecho de Ucrania a: *i)* defender los principios constitucionales, incluso prohibiendo la propaganda de regímenes totalitarios y el uso de sus símbolos; *ii)* fortalecer la disuasión de la potencia ocupante y la oposición a la política estatal agresiva de Rusia hacia Ucrania en la esfera de la información prohibiendo la distribución y exhibición de obras audiovisuales de propaganda rusa.

Después del 24 de febrero de 2022, el Tribunal Constitucional de Ucrania se refirió en ocasiones a las circunstancias de la guerra para motivar adecuadamente sus decisiones, así como al hecho de la introducción de la ley marcial en Ucrania como motivo para posponer la invalidez de las disposiciones de los actos jurídicos. El Tribunal Constitucional de Ucrania afirmó claramente que en las condiciones de la ley marcial, el Estado está obligado a movilizar todos los recursos a su disposición para fortalecer sus capacidades de defensa y repeler la agresión armada de la Federación de Rusia contra Ucrania y, por tanto, el apoyo integral a los militares de las Fuerzas Armadas es uno de los medios para ampliar las capacidades de defensa del Estado.

En sus decisiones, el Tribunal Constitucional de Ucrania ha tenido en cuenta repetidamente la difícil situación financiera y económica causada por las condiciones de la ley marcial, la usurpación de la integridad territorial y la soberanía estatal de Ucrania, así como la necesidad de tener en cuenta la necesidad prioritaria de garantizar la seguridad nacional de Ucrania. Es decir, el Tribunal Constitucional de Ucrania siempre trata de encontrar una salida razonable al momento en que expiran las normas reconocidas como inconstitucionales, para mantener un equilibrio justo entre los intereses del individuo y la sociedad y evitar una carga excesiva para el presupuesto estatal de Ucrania. Posponer la pérdida de validez de las normas legales reconocidas como inconstitucionales es importante para acciones coordinadas con todas las autoridades estatales, principalmente el parlamento, que debe tener tiempo suficiente para adaptar sus leyes a la Constitución de Ucrania, ajustar ciertas políticas y llevar a cabo las acciones apropiadas.

La funcionalidad democrática de los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos

***

The democratic functionality of international human rights protection courts

*Maximiliano Toricelli**

Resumen: el trabajo analiza la funcionalidad de la Corte Interamericana como garante de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana. Aun cuando se destaca la importancia que tiene este Tribunal al respecto, se efectúan observaciones sobre la manera en que cumple sus funciones, criticando la poca cantidad de casos que llegan a sus estrados y sus motivos, así como la necesidad de actuar en un menor plazo, escoger adecuadamente los temas que decide, readecuar el sistema de selección, de remoción, así como las garantías reconocidas para su funcionamiento.

Abstract: the work analyzes the functionality of the Inter-American Court as guarantor of the human rights recogni-

* Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor en categoría Titular en las asignaturas Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Procesal Constitucional y Transnacional en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Director de la carrera de posgrado Especialización en Derecho Constitucional Internacional, en dicha Facultad. Profesor en categoría Titular en la PUCA, sede Rosario. Presidente del Instituto de Legislación (IDEL) de la Federación Argentina de Colegio de Abogados. Litigante.

zed in the American Convention. Even though the importance of this Court in this regard is highlighted, observations are made about the way in which it fulfills its functions, criticizing the small number of cases that reach its courts and their reasons, as well as the need to act in a shorter period of time, appropriately choose the issues it decides, readjust the selection and removal system, as well as the recognized guarantees for its operation.

Palabras clave: legitimidad democrática, Corte Interamericana, tratados de derechos humanos, Tribunal Constitucional, funcionamiento, dificultades para litigar, garantías, designación, remoción.

Key words: democratic legitimacy, Inter-American Court, human rights treaties, constitutional court, functioning, difficulties in litigating, guarantee, designation, removal.

Sumario: I. Introducción. II. Funciones. III. Necesidad de reformular su rol. IV. Remoción. V. Consideraciones finales.

I. Introducción

A la par que se cuestiona la legitimidad democrática de los jueces nacionales, también se cuestiona la legitimidad democrática de los jueces internacionales. Nos interesa especialmente analizar la legitimidad democrática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sometiéndola a los estándares con que se deben analizar los jueces nacionales encargados de esa misma protección.[1]

Para ello nos ocuparemos, en primera medida, de cuál es la verdadera función que cumple este tribunal y la forma de desarrollarla.

II. Funciones

Se ha dicho con acierto que las cortes internacionales –y la Corte IDH no escapa a tal situación— son multifuncionales porque

[1] Al respecto remitimos a nuestro trabajo *Derechos humanos fundamentales. Teoría general*, Buenos Aires, Astrea, 2023, pp. 133-170.

cuando deciden un caso generan diversas consecuencias.[2] Entre dichas consecuencias podríamos decir que la CIDH está: *i)* solucionando un caso concreto; *ii)* dando una interpretación y precisión sobre un tratado de derechos humanos, y *iii)* ejerciendo funciones de corte de constitucionalidad.

No todas las funciones tienen la misma trascendencia, por ello es importante analizar cada supuesto y ver cómo se desempeña el máximo tribunal regional en materia de derechos humanos.

2.1. La solución del caso concreto

La solución de los casos concretos que son sometidos a su consideración ha sido uno de los fines que inspiraron la competencia de la Corte IDH. Ello se plasma claramente en los diversos artículos que la regulan, especialmente 62 inciso 3; 63 y 66 a 69.

Sin embargo, este fin no es el principal ni ha obtenido los resultados deseados. Aun cuando estamos fuera de investigaciones estadísticas que puedan dar una proyección más exacta, es importante considerar algunos números. En la Provincia de Santa Fe, de Argentina, durante períodos anteriores a 2018 habían ingresado un promedio aproximado de 460,000 causas al año; y aunque no todo se resuelve por sentencia, se obtiene un promedio de 40,000 anuales[3] (no se trata del universo total de juicios y sentencias en la Provincia dado que también existen causas que tramitan ante la justicia federal, aun cuando considerablemente menores en número).

La Corte argentina, como máximo tribunal encargado del control de constitucionalidad y convencionalidad en el país, resuelve aproximadamente 6,000 causas anuales.[4]

---

2 Bogdandy, Armin Von y Venzke, Igno, *¿En nombre de quién? Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*, trad. de Paola Acosta Alvarado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 19.

3 Estos datos pueden obtenerse de la página del poder judicial santafesino *www.justiciasantafe.org.ar*, tomándose la referencia al año 2017.

4 Si bien son muchas más las causas que resuelve, no puede obviarse que aplica el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que

Estos números contrastan con la actuación de la Corte IDH, que durante el año 2022 dictó 24 sentencias de fondo y 16 medidas provisionales; durante el año 2021 también 24 sentencias y 22 medidas provisionales; durante el 2020, 19 sentencia y 25 medidas; durante 2019 resolvió 20 casos y 19 medidas provisionales; durante 2018 fueron 19 casos y 19 medidas; durante 2017, sentenció 10 casos y 22 medidas provisionales; durante 2016 resolvió 21 casos y 12 medidas provisionales; durante 2015 fueron 18 los casos contenciosos y 21 las medidas provisionales.[5]

Argentina particularmente ha tenido un par de decenas de casos de trámite ante los estrados de la Corte IDH desde su incorporación en el año 1984.

Vemos entonces que la protección individual de los derechos humanos no es precisamente la principal función de la Corte. Y ello se debe a diversas causas.

Conspira contra el sistema el elevado costo que representa litigar primero en la Comisión, con sede en Washington; y luego en la Corte (si se logró acceder a ella), con sede en San José de Costa Rica.

El tiempo es otro factor que conspira contra el funcionamiento del tribunal.[6] Como agudamente señala Farfán,[7] el proceso comienza en la Comisión, que demora entre 6 y 7 años,[8] a

permite desechar un caso sin dar fundamento alguno por considerarlo insustancial, con lo que no está otorgando una verdadera resolución. Véase las estadísticas de casos resueltos en *https://www.csjn.gov.ar/datos-estadisticos/sentencias-de-la-corte-suprema*. Las aquí volcadas datan del año 2017.

5 Desde su creación y hasta 2017 resolvió 337 casos contenciosos y 589 medidas provisionales. Los datos pueden verse en *www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2*

6 Las decisiones adoptadas se producen varios años después. Por ello quien se ve privado injustamente de su libertad no obtiene una tutela efectiva, y al ser escasas y tardías las reparaciones pecuniarias tampoco incentivan la iniciación de tales medidas.

7 Farfán, María Laura, "La crisis del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a la luz de algunos estándares internacionales en materia judicial", LL 2017-A -866.

8 Aproximadamente demanda 4 años la etapa que va desde la presentación hasta la admisibilidad, 2 años para el informe y algunos meses para decidir si el caso se lleva o no a la Corte, *idem*.

lo que hay que adicionarle otros dos años hasta la decisión de la Corte.

La escasa posibilidad de éxito, en cuanto al acceso a la Corte, también representa una traba importante. Del universo de denuncias presentadas, la mitad o menos son tramitadas por la Comisión, reduciéndose considerablemente el número de ellas que llega a la Corte.[9]

A todas estas dificultades se suma que, aún ganando el caso, las reparaciones ordenadas por el Tribunal americano muchas veces resultan insuficiente para compensar los perjuicios efectivamente sufridos.

Cabe compartir las observaciones de Bobbio en cuanto a que,

> en el actual sistema internacional faltan algunas condiciones necesarias para que pueda producirse la transformación de los derechos en sentido débil en derechos en sentido fuerte: a) que el reconocimiento y la protección de las pretensiones o exigencias contenidas en las declaraciones provenientes de órganos u organismos del sistema internacional sean considerados condiciones necesarias para la pertenencia de un Estado a la comunidad internacional; b) la falta, en el sistema internacional, de un poder común suficientemente fuerte como para prevenir o reprimir las violaciones de los derechos declarados.[10]

Desde este aspecto, no existe una verdadera funcionalidad democrática del Tribunal internacional más importante de protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano. El sistema debería ampliarse considerablemente en cuanto a las posibilidades de acceso, al menos como sucede con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

---

9 Farfán indica que, en 2015, "la Comisión decidió no abrir a trámite 876 peticiones sobre un promedio de entre 1500 y 2000 peticiones que se presentan anualmente", *idem*.

10 Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 126 y 127.

2.2. Interpretación y precisión sobre los tratados de derechos humanos

Las normas de los pactos de protección internacional (así como las normas constitucionales), si bien operativas en su gran mayoría, no dejan de ser normas abiertas que permiten al operador (sea el juez que la aplica o el legislativo cuando las reglamenta) un gran margen de discrecionalidad. Ese margen de discrecionalidad es franqueado, frecuentemente, por sus aplicadores, desvirtuando el derecho reconocido en los tratados.

Y aquí es donde la Corte Interamericana juega un papel esencial, al precisar el alcance de las cláusulas en discusión. Existen fallos de gran trascendencia entre los que podríamos nombrar *Barrios Altos*,[11] *Almonacid Arellano*[12] y especialmente en *La última tentación de Cristo*[13] donde se han fijado interpretaciones que juegan como verdaderos límites al poder estatal e incluso se ha impuesto la modificación de una norma de la propia Constitución de Chile.

Sin embargo, en otros casos como *Fontevecchia*,[14] se trató simplemente de un análisis de hechos que, si bien sirven para satisfacer la situación del damnificado concreto, no generan una importante doctrina sobre el alcance del derecho convencional. Por ello, siendo pocos los casos que resuelve el Tribunal, es importante que escoja adecuadamente en cuáles habrá de expedirse, teniendo en cuenta los diversos derechos que los tratados reconocen, no solo en cuanto a libertad corporal, sino también en cuanto a derechos sociales, en los que la Corte IDH no ha mostrado un gran desarrollo.

---

11 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75.

12 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154.

13 Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73.

14 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C, núm. 238.

2.3. Tribunal constitucional

La Corte IDH tiene, indudablemente, funciones constitucionales,[15] lo que justifican su legitimidad democrática.

No puede negarse el paralelismo existente entre el derecho constitucional y los tratados de derechos humanos, en cuanto a la fundamentalidad de los derechos que amparan y en cuanto a los mecanismos más complejos que presenta un tratado de estas características para ser modificado. De hecho, la rigidez de estos tratados para su denuncia hace que el apartamiento unilateral de un Estado sea inviable, aun cuando internamente exista un importante consenso para ello.

En este rol de Tribunal constitucional, tampoco puede perderse de vista que, en el Sistema Interamericano, existen países con realidades muy diversas. Y ello ha ocasionado que, en materia de derechos económicos y sociales, la jurisprudencia haya sido muy limitada.

Por ello parece más adecuado que se diferencien qué criterios de las sentencias de la CIDH deben ser seguidos por todos los Estados y cuáles solo por los que fueron parte, siendo simplemente una guía para el resto de los países que integran el sistema. Claro que todo seguimiento a países que no fueron parte no puede estar condicionado más que a un seguimiento de tipo moral o institucional, porque no existe normativa alguna en los tratados que imponga que las interpretaciones allí adoptadas sean de cumplimiento ineludible, en casos análogos, que incluso resulta muy difícil que se presenten por las distintas realidades existentes en los Estados miembros.

III. Necesidad de reformular su rol

El rol de la Corte IDH es trascendente por el aporte que brinda al Sistema Interamericano, principalmente, como Tribunal constitucional porque aporta una mirada situada desde fuera de los

[15] En el mismo sentido véase Bogdandy, Armin Von y Venzke, Igno, *op. cit*., p. 189.

Estados y sin que pueda ser condicionada por los gobernantes de turno. Ello, de por sí, también justifica su legitimidad democrática.

Pero es indudable que se requieren importantes ajustes para que el sistema funcione más adecuadamente. Ajustes que deben ir en concordancia con lo que se pide para los tribunales nacionales en tanto garantes de la efectivización de los derechos humanos.

Estos ajustes están relacionados principalmente con los procedimientos de selección, las garantías de funcionamiento, la forma de funcionamiento y la remoción.

3.1. Procedimientos de selección

Uno de los aspectos a mejorar es el sistema de selección, aun cuando la elección que hasta el momento se ha efectuado de los distintos magistrados que han integrado la Corte IDH, no merezca mayores reproches.

Es indudable que el sistema presenta una gran discrecionalidad. Si bien el artículo 52 exige que la elección se realice entre juristas de la "más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos", no se fija concurso alguno para determinar tales calidades.

El artículo 53 establece que cada Estado puede proponer hasta tres candidatos y son elegidos, por mayoría absoluta de votos de los Estados parte, en votación secreta. Si bien la necesidad de contar con el respaldo de la mayoría de los países otorga ciertas garantías, mucho mejor resultaría si los elegidos hubiesen superado instancias de concursos.

Estos concursos, aun cuando sean solo de antecedentes, deberían tener puntajes previos para las distintas calidades y permitir que sean conocidos por las distintas organizaciones y juristas destacados. Ello podría ser una mejora considerable en la transparencia del sistema de designación.

3.2. Garantías de funcionamiento

El sistema de garantías de funcionamiento tiene un tratamiento escaso e inadecuado. Es escaso porque solo se limita a reconocer las garantías e inmunidades de los agentes diplomáticos, además de la inmunidad de opinión por los votos y opiniones emitidos en el ejercicio de su función y es inadecuado porque deja librado al estatuto las incompatibilidades, así como el pago de sus haberes.

En cuanto a incompatibilidades el tratado considera tales a las "actividades que pudieren afectar su independencia o imparcialidad", pero dejando librado tal situación a lo que defina el estatuto. Por su parte, el estatuto no da mayores precisiones al decir, en su artículo 18, que,

> Es incompatible el ejercicio del cargo de juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el de los cargos y actividades siguientes:
>
> a.- los de miembros o altos funcionarios del Poder Ejecutivo; quedan exceptuados los cargos que no impliquen subordinación jerárquica ordinaria, así como los de agentes diplomáticos que no sean Jefes de Misión ante la OEA o ante cualquiera de sus Estados miembros;
>
> b.- los de funcionarios de organismos internacionales;
>
> c.- cualesquiera otros cargos y actividades que impidan a los jueces cumplir sus obligaciones, o que afecten su independencia, imparcialidad, la dignidad o prestigio de su cargo.

No se define entonces si los jueces de la Corte pueden ser también magistrados judiciales en sus propios países, si pueden seguir ejerciendo la abogacía, o si pueden trabajar en relación de dependencia con empresas, todo lo cual parece no tener incompatibilidad, aun cuando ello choca con los más elementales criterios de funcionalidad. Esta ausencia de incompatibilidades estrictas nace como consecuencia de no exigir a los jueces dedicación exclusiva, que debería demandar una carga de tanta trascendencia en la protección de los derechos humanos.

En cuanto a la duración en el cargo, no parece totalmente conveniente que se establezcan renovaciones en sus mandatos. A diferencia de lo que ocurre con los jueces nacionales, resulta más

adecuado limitar su tiempo en la función a un plazo fijo, como el de seis años que se encuentra estipulado, o incluso a unos pocos años más; pero que su renovación dependa de la decisión de los mismos Estados que deben controlar resulta un contrasentido.

Para mejorar la funcionalidad sería conveniente concursar a los candidatos posibles, fijar un sistema salarial acorde con la importancia de la magistratura y exigir una dedicación de tiempo completo, incompatible con cualquier otra actividad, que no sea la académica, pero de forma aislada. Y claro, sin posibilidad de reelección ni nueva designación, una vez vencido su mandato.

3.3. Forma de funcionamiento

La forma de funcionamiento presenta cuatro grandes núcleos a considerar, el paso previo por la Comisión, la forma de trabajo, la estructura con la que se desempeñan y la presencia del Tribunal en los países miembros. Veamos cada aspecto en particular.

3.3.1. El paso previo por la Comisión

El paso obligado por la Comisión Interamericana también ocurrió en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Allí, las personas afectadas debían acudir a la comisión quien, en caso de encontrar vulnerado los derechos en cuestión, y si no existía acuerdo con el Estado, llevaban el planteo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Con la entrada del Protocolo II en 1998, se suprimió la Comisión y se constituyó al Tribunal como una institución permanente a la que podían acudir directamente los individuos, lo que aumentó enormemente la cantidad de casos que llegaron a sus estrados. El Tribunal Europeo pasó de 837 casos desde sus orígenes hasta 1997, a 888 casos para el 2001 y a partir del 2006 más de 1000 casos anuales. La cantidad de demandas fue mucho mayor ya que, para 2014, las nuevas demandas habían alcanzado las 56,250 y había un total de casos pendientes de 69,900.[16]

[16] *Ibidem*, p. 102.

Estos números contrastan con los cerca de 500 casos contenciosos que ha resuelto la Corte IDH desde su creación, hasta el 2022. El hecho de que no pueda ser el particular sino por medio de la Comisión el que accede a sus estrados le resta funcionalidad y legitimidad democrática al Sistema Interamericano.

Ello sumado a las deficiencias que presenta la Comisión en su funcionamiento. Entre ellas se ha apuntado a la falta de transparencia dado que en la práctica no es posible encontrar registro de causas iniciadas, ni de cuáles son las temáticas denunciadas, la discrecionalidad de los comisionados para decidir, por medio del *per saltum*, la celeridad o no de una causa; la discrecionalidad para decidir la publicación del informe definitivo del artículo 51 de la Convención; y la discrecionalidad en la decisión de enviar o no un caso a la Corte.[17]

3.3.2. La forma de trabajo

La forma de trabajo también atenta contra el adecuado funcionamiento. Los jueces no tienen funciones permanentes —que tienen las secretarías y las relatorías—, sino que se reúnen en sesiones ordinarias cada tres meses. Y ello es un déficit que comienza en el tratado, sigue en el estatuto y se confirma en el reglamento interno de la propia Corte.

El artículo 16 apartado 1 del Estatuto dice que "Los jueces estarán a disposición de la Corte, y deberán trasladarse a la sede de esta o al lugar en que realice sus sesiones, cuantas veces y por el tiempo que sean necesarios conforme al Reglamento", mientras el artículo 22 estipula que

> La Corte celebrará sesiones ordinarias y extraordinarias.
>
> 2.- Los períodos ordinarios de sesiones serán determinados reglamentariamente por la Corte.
>
> 3.- Los períodos extraordinarios de sesiones serán convocados por el Presidente o a solicitud de la mayoría de los jueces.

[17] Farfán, María Laura, *op. cit*.

Los artículos 11 a 13 del Reglamento repiten lo mismo sin ampliar, en forma permanente, el trabajo de los jueces.

Esta intermitencia en la función disminuye considerablemente la capacidad de trabajo, no superando así los 21 casos contenciosos al año. Y no solo ello, sino que también hace que las causas se tramiten por varios años, generando que al momento de la sentencia se haya perdido la garantía de su cumplimiento en un plazo razonable, pese a ser este uno de los derechos jurisdiccionales más importantes de los reconocidos en los tratados de derechos humanos.

3.3.3. La estructura de trabajo

Tampoco la estructura de trabajo es la adecuada. La existencia de pasantes que no solo no son remunerados, sino que además tampoco perciben viáticos, hace que gran parte del personal sea transitorio, dure unos pocos meses, y se vuelva a sus países de origen.

El máximo tribunal de garantías en derechos humanos en la región tiene que contar con un mayor presupuesto, una estructura de personal permanente y bien remunerada, que asegure la calidad y continuidad de la trascendente labor que tiene en materia de derechos humanos.

3.3.4. La presencia "in loco"

Si bien se estipula la posibilidad que la Corte sesione en diversos países, más allá de tener su sede en Costa Rica, ello no sucede. Y esto trae varios inconvenientes.

En primer lugar, si la Corte se trasladara con mayor frecuencia a los países de la región, ello le daría más publicidad, permitiendo que más interesados procuraran alcanzar sus estrados. Además, tener presencia en los distintos países permitiría a los magistrados tomar un conocimiento más cabal de las realidades imperantes y con ello estar en mejores condiciones de juzgar las violaciones que le son llevadas a sus conocimientos.

Finalmente abarataría los costos al posibilitar que las partes asistan a audiencias en lugares cercanos a su domicilio, sin tener

que realizar importantes traslados. Todo ello mejoraría enormemente su funcionalidad.

VI. Remoción

Las medidas disciplinarias, incluso la remoción, son decididas en la Asamblea General y para llevarlas adelante se debe contar con una mayoría de dos tercios de los votos de los estados firmantes del pacto, lo que hace engorroso todo proceso disciplinario. Este procedimiento debería ser reemplazado por un sistema que, asegurando las garantías de imparcialidad, tenga una mayor agilidad en su funcionamiento.

V. Consideraciones finales

Es indudable que la Corte IDH cuenta con una importante legitimidad democrática en tanto su labor es esencial para controlar desajustes en los Estados parte, ayudando al mejor cumplimiento de la efectivización de los derechos humanos, haciendo posible la existencia del Estado constitucional de derecho.

Sin embargo, esa legitimidad es muchas veces puesta en tela de juicio debido a lo poco transparentes de los mecanismos de elección, a lo pesado de los sistemas de remoción, pero fundamentalmente a la manera en que se desarrolla la tarea, donde se dificulta considerablemente al justiciable acceder a sus estrados (por los costos, las distancias, lo engorroso de los trámites y los filtros previos, entre otras causales), y no se prioriza el rol que, como intérprete final de la Convención, le compete.

Es un desafío ineludible que, en un futuro cercano, se simplifiquen y transparenten los procedimientos de acceso a sus estrados, que se fijen reglas más claras en cuanto a los casos contenciosos que debe tratar y que se haga una difusión más amplia tanto de los candidatos a integrar el Tribunal como de sus componentes.

Si se avanza en tal sentido mejorará considerablemente la funcionalidad democrática de este órgano de justicia, permitiendo una más efectiva protección de los derechos humanos de quienes habitamos este continente.

El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI
Derecho Constitucional Iberoamericano Comparado
Tomo III Justicia constitucional.
Organización de la justicia constitucional
se terminó de imprimir en mayo de 2026,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro,
su tiraje consta de 500 ejemplares.

EL TOMO III ESTUDIA LA ORGANIZACIÓN de la justicia constitucional, entendida como el conjunto de estructuras, órganos y procedimientos destinados a interpretar y hacer cumplir las disposiciones constitucionales.

Se subraya que dicha organización debe asegurar independencia, imparcialidad y eficacia, de modo que los tribunales constitucionales o las instancias competentes actúen como garantes del orden constitucional frente a los poderes públicos y los particulares. Asimismo, se destaca la relevancia de establecer reglas claras sobre la competencia de los órganos, los procedimientos de control de constitucionalidad y la legitimación de quienes intervienen en ellos con el propósito de garantizar certeza jurídica y consolidar la vigencia del Estado constitucional de derecho.

JURÍDICAS

ISBN 978-607-642-856-6
UNAM
ISBN 978-607-8908-30-1
IECEQ