



98

Debatiendo sobre la Suprema Corte

Miguel Carbonell

DERECHO CONSTITUCIONAL

Agosto de 2007

En el presente documento se reproduce fielmente el texto original presentado por el autor, por lo cual el contenido, el estilo y la redacción son responsabilidad exclusiva de éste. D. R. © 2007, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F. ❖ Venta de publicaciones: Coordinación de Distribución y Fomento Editorial, Arq. Elda Carola Lagunes Solana, Tels. 5622-7463/64 exts. 703 o 704, fax 5665-3442.

CONTENIDO

I. Introducción.....	1
II. Pedro Salazar.....	1
III. Christian Courtis.....	3
IV. Karina Ansolabehere.....	5
V. Réplica de Cossío y Orozco Henríquez.....	7
VI. Ana Laura Magaloni y Arturo Zaldívar.....	9
VII. José Antonio Caballero, Sergio López Ayllón y Alfonso Oñate.....	13
VIII. Los secretarios contestan.....	14
IX. Conclusión.....	16

I. INTRODUCCIÓN

Hasta hace muy poco tiempo, en México no se hablaba de la Suprema Corte fuera de los círculos de los especialistas. No era un actor destacado dentro del sistema político nacional y por eso no suscitaba gran atención ni por parte de periodistas ni por parte de la opinión pública en general.

En los últimos años, por el contrario, se ha producido un aumento muy significativo del debate judicial en los medios de comunicación. La Corte y, en menor medida, otros órganos del Poder Judicial Federal, son parte integrante del escenario político nacional y además lo son en calidad de protagonistas destacados. Esto nos debería llevar a preguntarnos acerca de varias cuestiones y a intentar contestarlas; algunas de las ellas podrían ser las siguientes:

- ¿qué personas integran la Corte y cómo son nombradas?
- ¿qué pautas ideológicas están presentes en las sentencias de la Corte, si es que tales pautas existen?
- ¿cómo fundamentan sus sentencias los Ministros, qué razones dan para tomar una y no otra decisión acerca de los problemas que deben resolver?
- ¿qué grado de impacto es deseable que tengan las sentencias de la Corte sobre decisiones de relevancia individual (en materia de derechos fundamentales) e institucional (en materia de división de poderes)?
- ¿cómo deben relacionarse los jueces con la opinión pública y los medios de comunicación?
- ¿cómo deben relacionarse los jueces con los demás poderes del Estado?
- ¿qué tipo de asuntos deben tener preponderancia en la conformación de la agenda judicial?

Gran parte de esas preguntas han sido formuladas por destacados constitucionalistas y politólogos de nuestro país, los cuales por fortuna han visto alimentados sus puntos de vista gracias a las contribuciones que, en el plano académico, han realizado algunos juzgadores federales muy destacados. A la postre lo que estamos comenzando a observar es un coro de voces que nos permite avanzar certeramente en la tarea de observación y crítica de las resoluciones judiciales que entre todos debemos llevar a cabo. La revista *Nexos* ha dedicado varios de sus números a discutir asuntos relacionados con la Suprema Corte y el papel de los jueces en una democracia. Vale la pena repasar aunque sea someramente el contenido de esos números y discutir algunas de las principales tesis de sus autores.

II. PEDRO SALAZAR

Pedro Salazar ha reflexionado sobre un asunto que ha ocupado la atención de buena parte de la teoría constitucional contemporánea: la relación entre constitucionalismo y democracia, así como el problema de quién debe tener la última palabra sobre los asuntos que tienen relevancia

pública, el legislador o el juez.¹ En México este problema no había sido planteado con anterioridad porque no era relevante en el funcionamiento del sistema político nacional: las decisiones importantes las tomaba el Presidente de la República y punto. No se discutía más. Pero cuando el presidencialismo apoyado en el partido hegemónico deja de funcionar, entonces la pregunta que plantea Salazar toma plena actualidad.

Además, el ensayo de Salazar nos pone no solamente frente a la disyuntiva de quién debe tener la última palabra, sino también frente a la necesidad de discutir el grado de penetración de la actividad de los jueces en el diseño institucional de México, lo que quizá es todavía más importante. Es decir, Pedro Salazar nos convoca a que reflexionemos sobre el grado de “judicialización” del sistema político que estamos dispuestos a aceptar. Nuestro autor parecería inclinado a pensar que la democracia mexicana podría caer en un exceso de judicialización, si tomamos en cuenta que, utilizando sus propias palabras, las instituciones políticas han claudicado de su potestad decisoria y los Ministros de la Corte se marean en el ejercicio del cargo y son inmunes a cualquier control democrático.

La experiencia comparada demuestra, sin embargo, que todavía tenemos un largo trecho por andar en materia de “judicialización”.² Otra cosa es discutir si nuestra propia ruta está resultando más o menos accidentada y si la judicialización vernácula es buena o mala para la democracia, pero si nos atenemos solamente a las cuestiones de grado (de cantidad, vaya), es posible sostener que la democracia constitucional mexicana requiere todavía de un mayor protagonismo judicial.

Respecto del tema planteado por Salazar sobre a qué sujeto institucional le debe corresponder la última palabra, cabe recordar que para algunos (entre los que creo que no sería exagerado incluir al propio Salazar), la decisión final la debe tener el parlamento, pues los legisladores representan al pueblo soberano. No sería democrático, dicen quienes sostienen esta postura, no tomar en cuenta, como poder legitimado para emitir la “última palabra”, a quienes el pueblo ha elegido democráticamente, en aplicación de la regla básica de cualquier sistema democrático: el principio de mayoría, que significa que quien obtiene el mayor número de votos es quien puede tomar las decisiones más importantes.³

Para otros la última palabra la deben tener los jueces, y particularmente los jueces constitucionales. Para quienes afirman lo anterior es obvio que no todas las decisiones, y menos las decisiones finales, pueden ser dejadas a la voluntad de los representantes de una mayoría electoral, por amplia que sea. El principio de mayoría debe ser equilibrado por otro principio básico de todo sistema constitucional: el respeto a las minorías. El ámbito de decisión parlamentaria estaría delimitado por la esfera de lo indecible (Ferrajoli) o por el coto vedado (Garzón Valdés); tanto una como el otro tendrían un perímetro definido por los derechos fundamentales. Tales derechos serían una especie de valla infranqueable que no permitiría al legislador tomar o dejar de tomar ciertas decisiones. Los jueces constitucionales serían los encargados de supervisar que el legisla-

¹ Salazar, Pedro, “Justicia constitucional y democracia: el problema de la última palabra”, *Nexos*, México, número 329, mayo de 2005. Se trata de un tema al que el autor ha dedicado una reflexión más extensa y detallada; ver su libro *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE, 2006.

² Ver la evidencia teórica y empírica que nos ofrecen Tate, Neal C. y Vallinder, Torbjörn (editores), *The global expansion of judicial power*, New York-London, New York University Press, 1995.

³ Una defensa de este punto de vista se encuentra en Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005 y en Pintore, Anna, *I diritti della democrazia*, Roma, Laterza, 2003, entre otros.

dor haya cumplido con esos límites (positivos y negativos) y podrían en consecuencia emitir la última palabra sobre las cuestiones más controvertidas.

Me parece, sin embargo, que ninguna de estas posturas puede tomarse en su literalidad, puesto que no resuelven adecuadamente el problema; en este sentido es muy acertado el diagnóstico de Pedro Salazar cuando señala las “tensiones” que conviven al interior del modelo del “Estado *constitucional y democrático* de derecho”. Desde luego, este modelo de Estado exige que el legislador esté subordinado a la Constitución. Dicha subordinación no tiene que ver solamente con la lógica del constitucionalismo, sino que también es una exigencia del propio sistema democrático: si no se tuvieran ciertos derechos, sería imposible pensar en que hubiera democracia. ¿Cómo sería posible ejercer correctamente el derecho de sufragio activo (derecho de votar) sino hay libertad de expresión garantizada en el texto constitucional? ¿cómo podemos competir en las urnas si no existe una norma que claramente establezca el derecho de asociación en materia política?

Los derechos fundamentales, todos ellos, son pre-condiciones para poder construir un Estado democrático. Sería iluso pensar en cualquier democracia que no fuera una democracia *con derechos*, pues –repito– estos suponen una pre-condición (seguramente no la única) para su existencia. Los derechos fundamentales son, como ha dicho Ferrajoli, la dimensión “sustancial” de la democracia;⁴ una democracia “de contenidos” es una democracia *con derechos*. ¿Qué papel tienen que desempeñar los jueces en este esquema? Seguramente uno no menor, como ya lo están comenzando a hacer en México.

III. CHRISTIAN COURTIS

Christian Courtis reflexiona entre otras cuestiones sobre la manera en que se legitiman las decisiones del poder judicial.⁵ Es un tema muy relevante teóricamente, pero que también comporta importantes consecuencias prácticas para el contexto institucional en el que se desenvuelven los jueces mexicanos.

La primera cuestión que plantea Courtis trata sobre la manera en que los jueces fundamentan sus sentencias, lo que supone un requisito indispensable para que su tarea pueda ser escrutada. Si no somos capaces de identificar las “razones” que respaldan una decisión va a ser muy difícil que podamos criticar o apoyar dicha decisión. Y en esto creo que la Suprema Corte de México tiene todavía un largo camino por andar. Las sentencias de la Corte son inusualmente largas, si las comparamos con las de otros órganos de control de constitucionalidad (las sentencias de la Corte de los Estados Unidos raramente superan las 20 páginas y algunas de las más famosas son de entre 6 y 10 cuartillas).

Si consideramos que las sentencias de la Corte mexicana casi siempre suman centenares de páginas y si además tomamos en cuenta que están escritas en un críptico lenguaje jurídico-legalista, podremos convenir en que no es suficiente para conocerlas que estén disponibles en

⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 23 y ss.; 50 y ss.

⁵ Courtis, Christian, “La legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía”, *Nexos*, número 329, México, mayo de 2005. or ya había hecho una reflexión más amplia sobre el tema en su ensayo “Reyes desnudos. Algunos de caracterización de la actividad política de los tribunales” en Carbonell, Miguel, Fix Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (compiladores), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa, UNAM, 2004, pp. 389 y ss.

internet o que los ministros aparezcan discutiendo en televisión sobre los temas que deben resolver. Los anteriores son avances, sin duda, pero no suficientes como para pensar que los ciudadanos tienen la posibilidad efectiva de analizar si una decisión ha sido tomada con sólidos fundamentos jurídicos o si por el contrario han pesado más otras razones.

Courtis se refiere a la calidad argumentativa como un requisito para que se incremente la legitimidad de los jueces. Tiene toda la razón. La calidad de las resoluciones es algo en lo que no se había reparado anteriormente, pero que hoy en día –a la vista del enorme poder que tiene la Corte– toma verdadera centralidad para que el poder judicial alcance niveles adecuados de legitimación en el ejercicio de sus atribuciones.

Si comparamos la manera en que la Corte mexicana resuelve ciertos temas, veremos que persiste una visión anticuada y formalista entre la mayor parte de sus integrantes. Por ejemplo, la Corte ha tenido que resolver interesantes casos en materia de libertad de expresión y lo ha hecho de la peor manera posible, privilegiando el criterio y los prejuicios personales de los Ministros por encima de lo que señalaban todos los estándares nacionales e internacionales sobre el tema.⁶ Y lo mismo ha sucedido con casos como el de Jorge Castañeda, en el que la soberbia y la estrechez de criterio de algunos Ministros terminaron por consumir un preocupante estado de indefensión absoluta para los ciudadanos que quisieran impugnar la aplicación de una ley electoral que consideran va en contra de la Constitución.

Courtis se refiere también, con mucho acierto, al problema no resuelto del diseño institucional, es decir, a la forma de nombramiento de los jueces, magistrados, ministros y consejeros de la judicatura, así como a la integración en general de los órganos judiciales. Lo cierto es que cabría reconocer que las reformas constitucionales en materia judicial de los últimos años han carecido hasta el momento de un modelo definido, lo cual ha arrojado como consecuencia que se tenga en la actualidad un sistema híbrido por ejemplo en materia de control de constitucionalidad; el sistema mexicano actual incorpora elementos de la organización judicial de los Estados Unidos, pero también de la que existe en la mayor parte de los países de la Europa continental. Muchas de esas reformas han estado atadas a la coyuntura, de manera que no han tenido la altura de miras para hacer un rediseño en profundidad de las instituciones encargadas de impartir justicia.

En los próximos años tendremos que ser capaces de definir el “modelo” de justicia que queremos tener en México, así como el “modelo” de juez que será capaz de operar ese sistema, cuestión sobre la que tampoco se ha reparado suficientemente. Mientras esas dos definiciones – que no son de carácter teórico, sino del todo práctico y que requieren de importantes decisiones incluso de orden político– no se hagan, es muy poco lo que se podrá avanzar en esta materia. El del diseño institucional es un reto que está pendiente, como lo señala Courtis.

Empatando en cierta forma con los planteamientos de Salazar, Courtis nos llama a reflexionar sobre la disputa entre activismo y autorrestricción.⁷ A Courtis le llama la atención que la Corte sea claramente activista (casi podríamos decir que garantista) cuando se trata de derechos relacionados con el pago de impuestos, pero sea claramente conservadora cuando debe resolver

⁶ Ver al respecto Vázquez Camacho, Santiago (compilador), *Libertad de expresión. Análisis de casos judiciales*, México, Porrúa, 2007.

⁷ Una visión general del tema, escrita por un juez con larga experiencia en su cargo, puede verse en Barak, Aharon, *The judge in a democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006.

sobre derechos fundamentales que no están relacionados con cuestiones patrimoniales. Desde luego, se trata de una cuestión que no solamente sorprende, sino que también debería escandalizar a los especialistas, pues todo parece indicar que la Corte es obsequiosa con los grandes poderes económicos, pero muy restrictiva cuando se trata de los derechos de simples ciudadanos de a pie. Al menos, debería pedírsele el mismo rigor en todos los casos; y eso sin tomar en cuenta que el hecho de recurrir ante la justicia federal por parte de grandes empresas tiene como objetivo final el no pagar impuestos (objetivo que se suele alcanzar gracias, entre otras cuestiones, a la pésima técnica legislativa con que se diseñan las leyes tributarias en México).

IV. KARINA ANSOLABEHERE

También sobre el tema de la autorrestricción y del activismo se detiene en su trabajo Karina Ansolabehere,⁸ a quien se debe un exhaustivo estudio sobre el papel político que desempeñan en sus respectivos países la Cortes Supremas de México y de Argentina.⁹ Pero no trata la autora solamente del funcionamiento de la Corte, sino en general de la expansión “orgánica” que ha tenido nuestro poder judicial federal en los últimos años.

Tomemos en cuenta, de entre los muchos que se podrían citar, los siguientes datos: desde 1990 se comienzan a aumentar de manera muy sensible los recursos económicos y materiales para el Poder Judicial Federal. Si para 1980 el presupuesto del Poder Judicial Federal alcanzaba apenas el 0.06% del total del presupuesto federal, en el año 2000 había saltado hasta el 0.56%; pero lo verdaderamente sorprendente es que solamente dos años después se había casi duplicado, para llegar a significar el 1% del presupuesto federal.¹⁰ Del 2000 hasta ahora ese porcentaje se ha mantenido más o menos estable. El resultado es que nuestra Suprema Corte es una de las más costosas y mejor financiadas de todo el mundo.

Los ingresos totales —contando sueldo, bonos, aportaciones de seguridad social, aportaciones para el retiro y prestaciones en especie— de los Ministros de la Corte y de los Magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que según algunos analistas alcanzan los 500,000 pesos mensuales si sumamos todos sus rubros de percepciones (estamos hablando de unos 45,000 dólares al mes),¹¹ son superiores a los de cualquier otro funcionario del país y seguramente de toda América Latina; también superan, y por mucho, los ingresos de los jueces supremos de países europeos. Deberíamos discutir si el monto de tales retribuciones es correcto o no; ese es un tema pendiente sobre el que ha insistido en varios artículos periodísticos Ana Laura Magaloni.

Detallemos un poco más lo que se acaba de decir. Para el año 2007 el presupuesto de la Suprema Corte es superior a los 3,170 millones de pesos, el del Consejo de la Judicatura alcanza casi los 21 mil millones de pesos y el Tribunal Electoral tiene una asignación superior a los 1,100

⁸ Ansolabehere, Karina, “Suprema Corte: árbitro sin contrapesos”, *Nexos*, número 329, México, mayo de 2005.

⁹ Ansolabehere, Karina, *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, México, Fontamara, FLACSO, 2007.

¹⁰ Los datos completos en Fix Fierro, Héctor, “La reforma judicial en México. ¿De dónde viene? ¿hacia dónde va?”, *Documento de trabajo*, IJJ-UNAM, noviembre de 2002, p. 22.

¹¹ Magaloni, Ana Laura, “La Corte y la austeridad presupuestaria”, *Excelsior*, 8 de diciembre de 2006, p. 15.

millones de pesos.¹² En conjunto estamos hablando de un presupuesto de más de 25,000 millones de pesos para todo el Poder Judicial Federal.

Para que nos demos una idea más precisa del alto costo que supone nuestra Suprema Corte podemos tomar en cuenta que en el presupuesto para el año 2008 (que comienza a ejercerse durante 2007) la Suprema Corte de los Estados Unidos cuenta con una asignación total de 67 millones de dólares; un año antes esa cantidad fue de 63 millones y para el presupuesto de 2006 alcanzaba los 58 millones.¹³ Es decir, la Suprema Corte de México cuesta cuatro veces más que la de Estados Unidos, si bien la economía estadounidense es 20 veces más grande que la mexicana, si tomamos como base de comparación el Producto Interno Bruto a precios de mercado.¹⁴

También el número de órganos judiciales federales ha crecido, seguramente como consecuencia del apoyo presupuestal recibido, pero sobre todo en virtud de las mayores cargas de trabajo que han ido enfrentando los tribunales. En 1970 había 55 juzgados de distrito; en 2001 eran ya 252, es decir, su número se había multiplicado casi por 5, mientras que la población pasó en el mismo tiempo de 48 a 99 millones de personas, es decir, en esos años se duplicó. En 1970 existían en todo el país 13 Tribunales Colegiados de Circuito, pero en 2001 eran ya 154, es decir, su número se había multiplicado casi por 12.¹⁵

En el contexto de los datos anteriores, cobran todo su sentido las preocupaciones de Ansolabehere: ¿tiene contrapesos adecuados la Corte? ¿debería tenerlos y en qué condiciones? Estas cuestiones son de tal importancia que pueden poner en riesgo la legitimidad del conjunto del sistema político, si consideramos que muchas de las decisiones sustantivas del mismo acaban siendo resueltas en la mesa de los Ministros de la Suprema Corte. La autora cita un caso concreto: la controversia constitucional sobre el Presupuesto de Egresos de la Federación para el año 2006. Lo que se discutía era si el Presidente de la República podía o no vetar el Presupuesto. La Corte, por una estrecha votación de 6 contra 5, dijo que sí es objeto del veto presidencial el PEF, tomando de esa manera una decisión que tenía un impacto económico cercano a los 100,000 millones de pesos.¹⁶ ¿Cómo llega la mayoría de los ministros a tomar esa decisión? ¿qué argumentos jurídicos, políticos y económicos están detrás de las intervenciones de los Ministros y del sentido de su voto? Leyendo la sentencia del caso y los argumentos orales de los Ministros parece que los temores de Ansolabehere parecen confirmarse: la Suprema Corte es un árbitro sin contrapesos y sin criterios estables y bien fundamentados al momento de resolver los asuntos de su competencia.

¹² El Presupuesto de Egresos de la Federación para el año 2007 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de diciembre de 2006.

¹³ Los datos relativos pueden verse en <http://www.gpoaccess.gov/usbudget/fy08/pdf/appendix/jud.pdf> (consultada el 15 de febrero de 2007).

¹⁴ Tomo el dato de Aguayo, Sergio, *Almanaque mexicano 2007*, México, Aguilar, 2007, p. 247, tabla 51. Si consideramos PIB *per capita* a precios de mercado la diferencia entre ambas economías es de 6.5 veces, a favor de la estadounidense (*idem*, p. 248, tabla 54).

¹⁵ Fix Fierro, "La reforma judicial en México...", cit., p. 27.

¹⁶ En el terreno académico se suscitó una viva discusión alrededor del tema; la mayor parte de las intervenciones fueron recogidas por Aljovín, Jorge David y Roldán Xopa, José (compiladores), "El debate sobre el veto del Presupuesto de Egresos de la Federación", Documento de trabajo número 22, Departamento Académico de Derecho, ITAM, noviembre de 2005. La mayor parte de los documentos de la Corte relevantes para el tema pueden consultarse en Góngora Pimentel, Genaro, *El veto al Presupuesto de Egresos de la Federación*, México, Porrúa, 2005.

V. RÉPLICA DE COSSÍO Y OROZCO HENRÍQUEZ

Los trabajos de Salazar, Curtis y Ansolabehere dan lugar a una réplica por parte de dos juzgadores federales, uno integrante de la Suprema Corte y otro que formaba parte de la Sala Superior del TEPJF. El ministro José Ramón Cossío y el magistrado Jesús Orozco Henríquez destacan las coincidencias y las divergencias que tienen con los autores.¹⁷

Cossío hace una larga síntesis de las posiciones sostenidas en los ensayos de Salazar, Curtis y Ansolabehere y señala algunas cuestiones que, en su criterio, haría falta añadir a las respectivas “narrativas constitucionales”. Respecto al trabajo de Pedro Salazar destaca la importancia de integrar debidamente en el modelo del Estado constitucional de derecho a los derechos sociales. Tiene toda la razón. En este caso, las omisiones en el estudio y desarrollo del tema han tenido dos orígenes: el primero, responsable en todo de la existencia del segundo, se produce en el terreno del análisis académico. Desde la teoría constitucional no se había reparado durante décadas en el carácter de verdaderos derechos fundamentales que tienen los derechos sociales; aunque este defecto no es exclusivo de México,¹⁸ lo cierto es que ha impactado de forma más negativa en nuestro país que en otras latitudes, sobre todo debido al paternalismo que durante mucho tiempo desarrolló en esta materia el régimen político basado en el partido hegemónico. El segundo origen del defecto puesto en evidencia con acierto por Cossío está relacionado directamente con la forma de concebir el sistema de defensa de la Constitución y, dentro de ella, de los derechos fundamentales. El juicio de amparo, que ha sido el instrumento casi único con el que han contado los ciudadanos, no es apto para la defensa de los derechos sociales, o al menos no en todas sus dimensiones puesto que su régimen jurídico prevé claras limitaciones para la procedencia de acciones que pretendan reparar o prevenir tales violaciones.¹⁹ Por tales razones y por muchas otras que podrían mencionarse es que la observación de Cossío es del todo pertinente.

Tomando en consideración el ensayo de Curtis, Cossío apunta la necesidad de reflexionar sobre las filosofías políticas o los alcances posibles de nuestra justicia constitucional. Me permitiría agregar que la reflexión en torno a este tema puede ser tanto general como particular, es decir, puede abarcar tanto la filosofía general del órgano judicial, como la de cada uno de sus integrantes en lo particular. Esto último es importante porque si no somos capaces de identificar la filosofía política de cada ministro, tampoco estaremos en capacidad de saber en qué resoluciones se apartaron de sus líneas tradicionales o en qué momento se está produciendo un cambio de tendencia en el conjunto del órgano. La identificación de ciertos jueces con una línea filosófica (liberales o conservadores, por ejemplo) es muy conocida en otros países, pero en México es algo que todavía no se ha realizado. Si somos capaces de poner en claro la tendencia filosófica de cada Ministro también podremos en consecuencia identificar los casos en que se apartan de ella y proceder a la crítica correspondiente.²⁰ Hacer una crítica personalizada a los autores de las resolu-

¹⁷ Cossío, José Ramón, “Sobre jueces y política”; Orozco Henríquez, José de Jesús, “Judicialización de la política y legitimidad judicial”, ambos en *Nexos*, número 332, México, agosto de 2005.

¹⁸ Como lo demuestra el libro de Abramovich, Víctor y Curtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

¹⁹ La mayor parte de tales limitaciones han sido cuidadosamente analizadas en el excelente libro de Arturo Zaldívar, *Hacia una nueva ley de amparo*, México, UNAM, 2002.

²⁰ Un primer esfuerzo en ese sentido, muy meritorio y en buena medida innovador, puede verse en Observatorio judicial, *Primer reporte anual de las actividades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 2006*, México, IJ-UNAM, documento de trabajo número 92, mayo de 2007.

ciones o al sentido del voto de cada uno de los integrantes de la Suprema Corte también es una tarea pendiente, a partir de la cual se puede evitar la generalización indebida de imputar una determinada resolución al conjunto del órgano, cuando fueron solamente algunos de sus integrantes los que inclinaron la correspondiente votación.²¹

Sobre el ensayo de Ansolabehere, Cossío plantea la dificultad de identificar los “contrapesos o controles internos” a la Corte cuya inexistencia denuncia la autora. No es un tema fácil, pues tiene que ver con el control “desde adentro” que puede hacerse sobre un órgano límite del Estado mexicano. Sin embargo, una suerte de control interno puede ser realizado a través de la exigencia de rigor argumentativo, lo cual puede operar como un cierto contrapeso entre los Ministros (otra cosa es que se den por aludidos, pues en ocasiones parece que se pueden ganar las discusiones, pero perder las votaciones).

Orozco va más allá de la exposición general que hace Cossío y nos ofrece ejemplos concretos de la forma en que el TEPJF ha ido asumiendo posturas que podrían considerarse progresistas o garantistas.

Los ejemplos citados por Orozco son interesantes porque nos permiten observar, en el terreno práctico, la forma en que se puede administrar de manera adecuada la “judicialización de la política”, que es finalmente el objeto central de la competencia del Tribunal Electoral. Pero además, el trabajo de Orozco nos confirma algo que ha sido ampliamente reconocido por los especialistas en derecho electoral y constitucional: el TEPJF ha sido en algunos tramos de su historia uno de los órganos judiciales técnicamente más solventes de todo el país y entre sus integrantes están varios de los mejores jueces de México. La calidad de sus sentencias es, en términos generales, muy superior a la que tienen por ejemplo los pronunciamientos de la Suprema Corte (me refiero en particular a las sentencias emitidas por la integración del Tribunal correspondiente al periodo 1996-2006 y también a los integrantes de esos años).

Orozco señala avances concretos que se han dado en el TEPJF y que redundan en una mayor credibilidad: el acceso a sus resoluciones, la simplificación en el estilo de sus sentencias y el mejoramiento de la calidad argumentativa. Todos los juzgadores mexicanos, incluyendo a los ministros, deberían leer con atención el trabajo de Orozco, no solamente por su rigor, sino por la orientación útil y práctica que les puede prestar para su trabajo.²²

²¹ Sobre la personalización de la crítica dirigida a órganos jurisdiccionales Ferrajoli apunta que “uno de los principales factores de la irresponsabilidad de los jueces, es el anonimato en el que a veces se esconde su actividad. Con la personalización de las funciones judiciales, la paternidad de los juicios no estaría referida a entidades anónimas... sino a los magistrados concretos que toman las decisiones, o que participan en ellas, y que, así, quedarían expuestos personalmente al juicio y a la crítica de la opinión pública”, *Derecho y razón*, 7ª edición, Madrid, Trotta, 2006, pp. 602-603.

²² Y, de forma complementaria, harían bien en revisar la obra del propio Orozco, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, Porrúa, UNAM, 2006, en donde se plantean varios acercamientos prácticos a problemas que fueron resueltos mediante una interpretación garantista por el TEPJF.

VI. ANA LAURA MAGALONI Y ARTURO ZALDÍVAR

La tercera y penúltima etapa del debate publicado en la revista *Nexos* arranca con un ensayo de Ana Laura Magaloni y Arturo Zaldívar,²³ cuya tesis de fondo es la siguiente: la Suprema Corte se ha ocupado durante buena parte de los años que lleva la Novena Época (es decir, de 1995 hasta nuestros días) en resolver conflictos entre poderes a través de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad; es momento de que los Ministros, junto con la atención de ese tipo de temas, comiencen a cambiar la agenda y se centren en la resolución de casos de derechos fundamentales.²⁴

Para los autores, la jurisdicción constitucional se justifica y legitima en buena medida a través de sentencias que sirvan para impactar en la calidad de vida de los habitantes del Estado. Los conflictos entre poderes son importantes, pero también se le debe dar la máxima relevancia a temas vinculados con la igualdad, la no discriminación, las libertades, los derechos sociales, el debido proceso legal, etcétera.

La tesis de fondo de Magaloni y Zaldívar empata con lo que han señalado algunos analistas, incluso desde una perspectiva no jurídica. Así por ejemplo, en un artículo publicado el 1 de diciembre de 2002 en el periódico “Reforma”, Luis Rubio afirmaba lo siguiente: “El poder judicial y, particularmente, la Suprema Corte de Justicia, tiene la responsabilidad formal de resolver las disputas que se presentan entre los otros dos poderes públicos, el legislativo y el ejecutivo. Esa función la ha desempeñado la Corte con gran éxito en los últimos años, aunque no sin detractores. Sin embargo, esa es tan sólo una de las funciones importantes que la Suprema Corte está llamada a desempeñar. De hecho, todas las Cortes que han logrado hacer una diferencia real en sus respectivas sociedades, lo han logrado cuando se han abocado a la defensa cabal de los derechos civiles de la población. Es tiempo de que nuestra Suprema Corte comience a enfilar su interés en esa dirección”.

No se puede dejar de estar de acuerdo con la posición de Magaloni y Zaldívar. Su razonamiento es impecable y, desde mi punto de vista, irrefutable (lo que no significa que no sea debatible, desde luego). Pero a la hora de comenzar a incrementar el número de casos sobre derechos fundamentales que resuelve la Corte hay que exigir (como lo hacen varios de los participantes en el debate recogido por *Nexos*) un mucho mayor nivel argumentativo. En otras palabras: no basta con que la Corte resuelva más casos de derechos fundamentales, es necesario también que lo haga de mejor manera.

Lo ideal sería que poco a poco la Corte mexicana se fuera pareciendo a lo que fue la “Corte Warren” en los años 60 en los Estados Unidos,²⁵ cuando se generaron importantes precedentes en materia de igualdad racial en las escuelas (caso *Brown versus Board of Education* de

²³ Magaloni, Ana Laura y Zaldívar, Arturo, “El ciudadano olvidado”, *Nexos*, número 342, México, junio de 2006.

²⁴ Una tesis parecida es la que sostiene Ricardo Raphael en su ensayo “Justicia de baja intensidad”, *Nexos*, número 342, México, junio de 2006, si bien poniendo énfasis en el lugar que el ciudadano debe tener en una democracia de calidad.

²⁵ Sobre la Corte Warren y sus más destacadas sentencias, así como sobre sus integrantes, existen centenares de libros y quizá miles de artículos publicados. Ha sido una de las etapas de la Suprema Corte de los Estados Unidos que ha merecido una mayor atención de los especialistas. Para una primera aproximación puede ser de utilidad revisar el libro de Tushnet, Mark (editor), *The Warren court in historical and political perspective*, Charlottesville, Londres, Virginia University Press, 1993. Una muy completa biografía del propio Earl Warren puede verse en Newton, Jim, *Justice for all. Earl Warren and the nation he made*, Nueva York, Riverhead books, 2006.

1954),²⁶ de la supremacía judicial en la interpretación de la Constitución (*Cooper versus Aaron* de 1958),²⁷ de cateos y revisiones policíacas (caso *Mapp versus Ohio* de 1961),²⁸ de libertad reli-

²⁶ Patterson, James, *Brown versus Board of education. A civil rights milestone and its troubled legacy*, Nueva York, Oxford University Press, 2001; Kluger, Richard, *Simple justice. The history of Brown v. Board of Education and black america's struggle for equality*, Nueva York, Vintage Books, 2004; Cottrol, Robert J. y otros, *Brown v. Board of Education. Caste, culture and the Constitution*, Lawrence, Kansas University Press, 2003.

²⁷ *Cooper versus Aaron* es una especie de continuación del caso más famoso de la Suprema Corte de los Estados Unidos durante el siglo XX: la sentencia *Brown versus Board of Education*, a partir de la cual se ordenó la integración racial en las escuelas. El caso Cooper se origina por el rechazo de algunas autoridades de Arkansas de cumplir con la decisión judicial emitida en *Brown*. Varios jueces habían dictado sentencias para ir implementando en la práctica el criterio integrador de *Brown*. En Arkansas algún juez apoyó un plan a diez años para ir logrando de buena fe una integración racial en las escuelas. Parte de ese plan pasaba por aceptar a nueve niños de color en una escuela superior de Little Rock. La decisión del juez federal fue emitida el 3 de septiembre de 1957. Los ánimos de los racistas se encendieron de inmediato, animados por el gobernador de Arkansas Orval Faubus.

Un día antes del comienzo de clases el gobernador salió en televisión diciendo que la “sangre correría por las calles” si los nueve niños de color intentaban ir a la escuela. El gobernador había ordenado a la Guardia Nacional que rodeara la escuela e impidiera el paso a los niños. Ese día ocho niños se reunieron en casa de una dirigente de la NAACP para ir juntos a la escuela. Otra niña, Elizabeth Eckford de quince años, decidió ir ella sola. Al llegar a la escuela fue rechazada por militares que portaban rifles con bayonetas. La multitud que se había reunido en torno a la escuela identificó a Elizabeth y la persiguió para lincharla. Fue protegida por un hombre blanco que también era miembro de la NAACP y logró escapar.

Las imágenes televisivas de Elizabeth a punto de ser linchada por el simple hecho de querer ir dignamente a la escuela tocó las fibras más profundas de millones de norteamericanos que nunca habían visto con tanta claridad la cara más dura del racismo, ni podían entender que alguien quisiera hacer daño a un niño. El Presidente Eisenhower decidió no intervenir en el asunto en el primer momento, así que tuvo que ser un juez federal el que le ordenara al gobernador Faubus que quitara a la Guardia Nacional de la escuela. La policía de Little Rock acompañó a los niños a la escuela, pero de nuevo una multitud impidió su paso y estuvo a punto de lincharlos. La posibilidad de ver a niños negros linchados por televisión movió finalmente el ánimo de Eisenhower que ordenó a tropas de la armada custodiar la escuela. Finalmente los niños pudieron asistir a clases; el primero de ellos que obtuvo el grado, Ernest Green, tuvo una carrera profesional exitosa y acabó trabajando como asesor en el gabinete de Jimmy Carter.

El asunto se complicó cuando un juez federal atendió una petición de la directiva escolar de Arkansas para detener por unos años la integración racial en las escuelas. El juez estuvo de acuerdo con la petición, lo que tenía como consecuencia posponer *sine die* la aplicación del criterio expresado en *Brown*. Los abogados de la NAACP se movieron y el caso volvió de nuevo a Washington, para la consideración de la Suprema Corte. El caso fue planteado como *Aaron versus Cooper*, por William Cooper, director del sistema educativo de Little Rock, y John Aaron, que era el primero de la lista de los demandantes de color. Para algunos autores, en realidad las partes en el juicio eran el gobernador Orval Faubus y el Presidente de la Corte Earl Warren. Los abogados de Little Rock sostuvieron que el Gobernador tenía dudas acerca de la obligatoriedad de la sentencia *Brown* en su Estado; dichas dudas, dijeron los abogados, pudieron crear legítimamente alguna incerteza entre la población acerca de cuál era el derecho aplicable y, en consecuencia, si la integración racial en las escuelas debía ser aplicada o no. La cuestión técnica de fondo se refería a la siguiente pregunta: ¿qué autoridad tenía competencia para pronunciar la última palabra en materia de interpretación constitucional? La respuesta de los *justices*, encabezados por Warren, fue contundente.

La Corte emitió su sentencia el 29 de septiembre de 1958. Por primera vez en su historia la Corte hizo una sentencia firmada por todos sus integrantes, como si los nueve hubieran sido el ponente. Con esa decisión se quería subrayar el apoyo de la Corte a su Presidente y la decisión de los jueces de llevar adelante la integración racial en las escuelas. Una frase de la sentencia deja claro quién tiene la última palabra en materia constitucional dentro de Estados Unidos: “Ningún legislatura estatal, o funcionario ejecutivo o judicial puede pelear (o hacer la guerra) contra la Constitución” (*can war against the Constitution*). La interpretación de la enmienda 14 contenida en *Brown* era la “ley suprema de toda la tierra” (*the supreme law of the land*).

¿Cuál es la importancia de *Aaron versus Cooper* para la historia de los derechos fundamentales y para el lugar de los jueces dentro de un sistema democrático? Me ha parecido un caso interesante porque demuestra y pone a prueba la idea de la historicidad de los derechos y el papel que pueden tener los jueces para ir rompiendo estándares de discriminación que de otro modo permanecerían intocados. Los derechos fundamentales se han impuesto siempre

giosa (caso *Engel versus Vitale* de 1962),²⁹ de asistencia letrada gratuita (caso *Gideon versus Wainwright* de 1963),³⁰ de libertad de prensa (*New York Times versus Sullivan* de 1964),³¹ de

como luchas en favor de la *ley del más débil*, en palabras de Ferrajoli, contra la *ley del más fuerte* que rige en su ausencia. Esas luchas no han sido fáciles ni gratuitas y así lo atestiguan las tensiones derivadas de *Brown*, claramente reflejadas en *Aaron*. A fin de cuentas, ambos asuntos reflejan que detrás de cada caso hay siempre una decisión de personas en favor (o en contra) del Estado de derecho y del imperio de la ley. Por otro lado, también sirven para demostrar que el derecho puede ser utilizado para acelerar el cambio social y que a través de los mecanismos jurídicos, si bien de forma lenta y no siempre pacífica, se puede cambiar un poco a las sociedades de nuestro tiempo.

La historia del caso y de los eventos posteriores también sirve para demostrar que el garantismo es una teoría minoritaria y que los derechos fundamentales no conforman criterios de moralidad aceptados por la mayoría de la población. El gobernador Orval Faubus, a pesar de sus actitudes abiertamente racistas y de sus continuos desaffos a los jueces federales, fue electo para seguir en el cargo durante cuatro periodos más por los electores de Arkansas. Lo mismo sucedió con otro gobernador racista, George Wallace, de Alabama. Wallace se opuso personalmente a la entrada de dos estudiantes de color en la universidad del Estado en mayo de 1963. Los estudiantes pudieron franquear la entrada de la universidad gracias a la presencia de medio millar de Guardias Nacionales enviados por el gobierno federal. ¿Cuál fue la sanción que los electores impusieron a Wallace por sus actitudes racistas? Ninguna: obtuvo medio millón de votos blancos en 1964, cuando se presentó a las elecciones primarias del Partido Demócrata. En 1968 se presentó como candidato presidencial por el “Partido Independiente Americano” y a pesar de no ganar las elecciones obtuvo casi diez millones de votos. Esto demuestra, por si hubiera alguna duda, que los derechos fundamentales no pueden dejarse en manos de las mayorías ni pueden estar sujetos a la lógica del voto popular.

²⁸ Long, Carolyn N., *Mapp v. Ohio. Guarding against unreasonable searches and seizures*, Lawrence, Kansas University Press, 2006.

²⁹ Dierenfield, Bruce J., *The battle over school prayer. How Engel v. Vitale changed america*, Lawrence, Kansas University Press, 2007.

³⁰ Lewis, Anthony, *Gideo’s trumpet*, Nueva York, Vintage books, 1989.

³¹ Lewis, Anthony, *Ninguna ley. El caso Sullivan y la primera enmienda*, Miami, SIP, 2000.

Hay algunos casos en la historia constitucional norteamericana que han tenido un impacto interno muy importante, y que también han contribuido al desarrollo de importantes líneas de interpretación judicial en otros países. Casos como el *Marbury vs. Madison*, *Brown vs. Board of Education* o *Roe vs. Wade* forman parte importante del constitucionalismo contemporáneo. En esa misma situación se encuentra el caso *New York Times vs. Sullivan* de 1964, que es quizá una de las sentencias más citadas del siglo XX.

El caso se generó porque L.B. Sullivan había demandado al periódico New York Times por publicar una inserción pagada en la que cuatro clérigos afroamericanos del Estado de Alabama criticaban la actuación de las autoridades respecto a algunas manifestaciones en favor de los derechos civiles, varias de ellas encabezadas por Martin Luther King Jr. El señor Sullivan se sentía aludido por la inserción, ya que era el responsable del cuerpo de policía al que se criticaba, y señalaba que varias de las afirmaciones que se hacían eran falsas, como en efecto se demostró que lo eran en el curso del juicio. Sullivan obtuvo de los tribunales de Alabama el derecho a una indemnización por daños en su reputación, profesión, negocio u oficio, pero la Corte Suprema revocó esas sentencias al declarar inconstitucional la ley en la que se basaban, ya que violaba las enmiendas Primera y Decimocuarta y suponía una vulneración de la libertad de expresión.

La sentencia de la Corte fue dictada el 9 de marzo de 1964 bajo la ponencia del *justice* William Brennan y con una votación de 9 a 0.

En la opinión de Brennan, la protección que la Constitución ofrece a la libertad de expresión no depende de la verdad, popularidad o utilidad social de las ideas y creencias manifestadas. Es más, un cierto grado de abuso es inseparable del uso adecuado de esa libertad, a partir de la cual el gobierno y los tribunales deben permitir que se desarrolle un debate “desinhibido, robusto y abierto”, lo que puede incluir expresiones cáusticas, vehementes y a veces ataques severos desagradables hacia el gobierno y los funcionarios públicos. Los enunciados erróneos son inevitables en un debate libre, y deben ser protegidos para dejar a la libertad de expresión aire para que pueda respirar y sobrevivir. Las normas deben impedir que un funcionario público pueda demandar a un medio de comunicación o a un particular por daños causados por una difamación falsa relativa a su comportamiento oficial, a menos que se pruebe con claridad convincente que la expresión se hizo con malicia real, es decir, con conocimiento de que era falsa o con indiferente desconsideración de si era o no falsa.

derechos de los detenidos (*Miranda versus Arizona* de 1966)³² o de derecho a la intimidad de las mujeres (*Griswold versus Connecticut* de 1965 en relación con la compra y el uso de métodos anticonceptivos).³³

En la jurisprudencia posterior, la Corte se ha mostrado oscilante acerca de si la doctrina del caso *Sullivan* podía extenderse a particulares, y concretamente a personajes públicos como actores, atletas o personas que, sin ser funcionarios públicos, eran conocidos por la opinión pública. Bajo ciertas circunstancias la Corte ha extendido a estos sujetos la tesis de *Sullivan* (como por ejemplo en *Curtis Publishing vs. Butts* de 1972 o en *Associated Press vs. Walker* de 1967), pero en otras no (como en *Gertz vs. Robert Welch Inc.* de 1974). El criterio de *Sullivan* fue retomado, en varias de sus partes, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Lingens* de 1986.

³² El caso *Miranda* es quizá el que más se ha visto en innumerables películas y series televisivas de los Estados Unidos. En ellas es común ver que cuando arrestan a una persona la policía lo primero que hace es “leerle” sus derechos. Dicha “lectura” comienza con una frase hecha que más o menos dice así: “Tiene Usted derecho a guardar silencio; todo lo que diga podrá ser usado en su contra...”. Esta frase tiene su origen, justamente, en el precedente judicial establecido por la Suprema Corte en el caso *Miranda*.

Ernesto Miranda fue acusado de violar a una adolescente en Phoenix, Arizona. No había pruebas directas que lo incriminaran, puesto que la víctima no vio la cara del acusado durante la violación. Algunos testigos vieron su coche en el lugar de los hechos. Sin embargo, estando detenido en las dependencias policiales, después de dos horas de interrogatorios, Miranda estuvo de acuerdo en firmar una confesión reconociendo que había cometido el delito que se le imputaba.

El caso llegó ante la Suprema Corte. La cuestión constitucional debatida era el alcance de la Enmienda 5 cuando establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. ¿La Enmienda obligaba a la policía a advertir a los detenidos de ese derecho bajo la sanción de producir una nulidad de juicio? ¿tenía derecho el detenido a consultar un abogado antes de hablar con cualquier oficial de la fuerza pública, ya fuera policía ya fuera fiscal?

El abogado de *Arizona* pidió en el argumento oral que la Corte no promoviera la idea de que los detenidos podían consultar a sus abogados antes de declarar ante la policía. El *chief justice* Warren le preguntó si consideraba que los abogados eran una amenaza.

Al final la Corte le dio la razón a *Miranda*. La ponencia del caso fue del propio Warren, quien a nombre de una escasa mayoría de *justices* consideró que el interrogatorio policial sin presencia del abogado era contrario a la dignidad humana. Para preservar el derecho a no declarar contra uno mismo la policía debía poner en conocimiento de todo detenido la “advertencia *Miranda*” (*Miranda warning*), que es justamente la que tantas veces hemos visto en las películas norteamericanas. El *justice* Byron White consideró en su opinión disidente que esta sentencia permitiría que violadores y homicidas volvieran a la calle para seguir delinquiendo. No fue el caso de Ernesto Miranda, quien fue condenado en un segundo juicio por un tribunal que no tomó en cuenta su confesión ante la policía, pero al que le pareció que había suficiente evidencia para demostrar su culpabilidad.

Durante su periodo de sesiones de 2003-2004 de la Suprema Corte se presentó un caso que pudo haber echado abajo el precedente *Miranda*. Se trató del caso *Missouri vs. Seibert*, en el que se discutía si la policía podía interrogar a un detenido antes de darle a conocer la llamada “*Miranda warning*” y después de hacerlo; de esa manera la policía no podía utilizar la primera declaración pero tenía elementos para presionar al detenido para no desdecirse de lo que ya había confesado, aunque no tuviera valor legal. La táctica policial fue declarada inconstitucional por la Corte, pero por una ajustada votación de 5 a 4; ver la nota de Linda Greenhouse, “The year Rehnquist may have lost his court”, *New York Times*, 5 de julio de 2004, p. A12.

³³ Johnson, John W., *Griswold v. Connecticut. Birth control and the constitutional right of privacy*, Lawrence, Kansas University Press, 2005; Tribe, Lawrence, *Abortion. The clash of absolutes*, Nueva York, Londres, Norton and Company, 1992. Con independencia de su valor e interés intrínseco, el caso *Griswold* es recordado sobre todo porque fue el precedente invocado por la Corte al resolver el caso más importante en materia de interrupción voluntaria del embarazo: *Roe versus Wade* de 1973. En *Griswold* la Corte dedicó buena parte de su sentencia a justificar la existencia de un “derecho a la intimidad” derivado de otros derechos establecidos explícitamente en algunas de las enmiendas que conforman el *Bill of rights*. Para la Corte los derechos establecidos por el *Bill of rights* tienen zonas de “penumbra”, de las cuales emanan otros derechos que ayudan a los primeros a tener vida y sustancia. En *Griswold* se estaba discutiendo la constitucionalidad de una ley del Estado de Connecticut, del año de 1879, que impedía la difusión de información y el uso de anticonceptivos; la Corte afirmó que esa ley violaba la intimidad de las parejas y se preguntó: “¿Permitiremos a la policía vulnerar los sagrados precintos de las recámaras maritales para encontrar

Una aproximación por parte de la Suprema Corte mexicana al tema de los derechos semejante a la que hizo la Corte Warren en los Estados Unidos me parece que sería lo deseable, pero ¿es también posible? Desafortunadamente no se observa en la Corte mexicana un liderazgo progresista como el que en su momento desarrolló Earl Warren, al presidir la Corte estadounidense entre 1953 y 1969. Tampoco existe un núcleo estable de ministros que estén comprometidos con la ampliación del campo protector de los derechos; la construcción de mayorías al interior de la Corte es incierta y no suelen repetirse las mismas alianzas entre los ministros.

No es seguro que alguno de ellos pueda jugar el papel de *inteligencia en la sombra* que dentro de la Corte Warren tuvo William J. Brennan (muchos estudiosos de esa época de la Corte estadounidense dicen que el responsable de los aspectos técnico-jurídicos de las grandes sentencias fue precisamente Brennan, ya que Warren era más bien un político y no dominaba muchos aspectos de la interpretación constitucional).³⁴

Con todo, lo que parece inaplazable es lo que configura el argumento central del texto de Magaloni y Zaldívar: necesitamos que los Ministros se hagan cargo explícitamente de la construcción de una agenda judicial en materia de derechos fundamentales. No es posible ni deseable que el ciudadano siga “olvidado”, para utilizar el término de los autores, en el quehacer cotidiano de la Corte.

VII. JOSÉ ANTONIO CABALLERO, SERGIO LÓPEZ AYLLÓN Y ALFONSO OÑATE

Siguiendo con el debate sobre la actualidad y las perspectivas del poder judicial en México, Caballero, López Ayllón y Oñate plantean una visión del poder judicial desde el mirador de la reforma judicial.³⁵ El punto de vista de sus autores es muy relevante, en la medida en que además de ser reconocidos académicos y concededores del quehacer de los órganos judiciales, son responsables de la elaboración del *Libro blanco de la reforma judicial. Una agenda para la justicia en México*, dado a conocer por la Suprema Corte en el año 2006.

Los autores defienden en su ensayo la tesis de que el poder judicial mexicano ha venido evolucionando de manera importante en los últimos años y deberá seguirlo haciendo en los siguientes. Mencionan tres requisitos para el adecuado funcionamiento de la justicia: a) independencia; b) eficacia y eficiencia y c) acceso a la justicia. Respecto a este último tema vale la pena apuntar el enorme desafío que seguimos teniendo pendiente de resolver.

La reforma del acceso a la justicia pasa, en primer lugar, por crear mecanismos procesales que permitan una mejor protección de los derechos fundamentales, muchos de los cuales hoy en día no se encuentran tutelados en México por garantía jurisdiccional alguna; en este contexto, conviene recordar que “...a estas alturas se cuenta con información suficiente y lo bastante con-

evidencias del uso de contraceptivos? Esta simple idea es repulsiva para la noción de privacidad que rodea a la relación matrimonial”.

³⁴ Para un acercamiento a la obra judicial de Brennan ver Sepinuck, Stephen y Treuthart, Mary (editores), *The conscience of the Court. Selected opinions of Justice William J. Brennan on freedom and equality*, Edwardsville, Southern Illinois University Pres, 1999.

³⁵ Caballero, José Antonio, López Ayllón, Sergio y Oñate, Alfonso, “¿Adónde va la reforma judicial?”, *Nexos*, número 342, México, junio de 2006.

trastada como para sostener que la existencia de una garantía jurisdiccional de un determinado estándar de calidad es condición necesaria, aunque no suficiente, para que los derechos humanos puedan gozar de algún grado estimable de realización práctica”.³⁶

Caballero, López Ayllón y Oñate parecen coincidir con Magaloni y Zaldívar cuando afirman que “Lo que más notablemente se echa de menos en el trabajo de la Suprema Corte es su papel en la identificación, definición y protección de los derechos fundamentales en México”. Es importante destacar esta afirmación no solamente porque empata con lo sostenido por otros participantes en el debate, sino también porque parece ser que es la que da lugar a una encendida respuesta por parte de tres destacados funcionarios judiciales.

VIII. LOS SECRETARIOS CONTESTAN

En efecto, tres distinguidos secretarios de estudio y cuenta que trabajan para el Ministro José Ramón Cossío, todos ellos con amplias credenciales académicas, nos invitan a preguntarnos si en verdad queremos una Suprema Corte activista, si estamos dispuestos a aceptar una “Corte redentora”.³⁷ Para los secretarios, el cambio jurídico que necesita el país no puede ser diseñado “desde arriba”, a través de tendencias antimayoritarias como las que representa un poder judicial activista. Impulsar a la Corte mexicana hacia algo parecido a lo que fue en su momento la Corte Warren en Estados Unidos puede suponer una “pirueta en el vacío”. La Corte no puede hacer todo sola, pues hace falta mayor calidad en los alegatos de los litigantes, más apoyos de parte de los académicos y hasta un nuevo texto constitucional, pues el vigente fue creado y está sostenido por una visión meramente “exegética”.

Si mal no entiendo, los autores defienden en su texto dos puntos principales: a) el activismo judicial no es posible, dados los términos en que actualmente se encuentran nuestra constitución, nuestros abogados litigantes y nuestros académicos; b) pero además, el activismo no es deseable, ya que implicaría “un esquema de cambio jurídico objetable, por partir de diagnósticos incompletos e institucionalmente sesgados”.

Comparto con Lara, Mejía y Pou que en México no es posible, hoy en día, que la Suprema Corte pueda desarrollar el papel y la función que tuvo en su momento la Corte Warren. Lo que no comparto son las razones que dan para llegar a esta conclusión. Ya se apuntaba, párrafos arriba, que en nuestra Corte no existe una figura de liderazgo unificador como la de Earl Warren, ni tampoco alguien con el talento jurídico de William Brennan, que fuera capaz de producir los esquemas jurídicos innovadores y progresistas que se dieron en Estados Unidos en las décadas de los años 50 y 60. Ese modelo, por tanto, está fuera del alcance de nuestra Suprema Corte. Lo que, sin embargo, no debería de quedar en el aire es la responsabilidad de nuestra Corte para resolver de mejor manera los temas de derechos fundamentales de que conoce.

Nadie duda que el poder judicial no tiene capacidad de “autoprogramarse” y que, en consecuencia, no puede por sí solo generar una agenda prefabricada a favor de los derechos. Pero de

³⁶ Perfecto Andrés Ibáñez, “Garantía judicial de los derechos humanos”, *Claves de razón práctica*, número 90, Madrid, marzo de 1999, p. 10.

³⁷ Lara, Roberto, Mejía, Raúl y Pou, Francisca, “¿De verdad deseamos una Corte redentora?”, *Nexos*, número 344, México, agosto de 2006.

ahí a cometer las torpezas que hemos visto en los últimos años hay un buen trecho. Seguramente es válido criticar la pobreza argumental de los abogados, el diletantismo que caracteriza a algunos de nuestros académicos y los muchos defectos de la Constitución de 1917 (no es algo que no se haya denunciado previamente),³⁸ pero nada de eso justifica la suma de errores, deslices y regresiones que ha tenido la Corte mexicana en materia de derechos fundamentales, tanto en el pasado como en el presente.³⁹

Creo que la Corte, incluso teniendo en cuenta su nula capacidad de autoprogramarse, puede perfectamente convertirse en un actor decidido a favor de una agenda progresista en materia de derechos fundamentales. Lo puede hacer debido a que:

a) las deficiencias de la Constitución pueden ser suplidas por los aciertos de los tratados internacionales (tratados que hoy en día son ignorados por los Ministros, en el sentido de que probablemente no los conocen y de que tampoco los utilizan debidamente para construir sus argumentaciones);

b) la falta de argumentos de los abogados puede ser complementada por la jurisprudencia, la cual debe ser invocada de oficio, lo mismo que el resto de normas aplicables bajo la conocida máxima *Iura novit curia*; y

c) las omisiones de los teóricos no constituyen un elemento que haya estado ausente en contextos históricos en los que el poder judicial ha desarrollado un gran activismo;⁴⁰ de hecho, podría decirse que en México ya existen actualmente aportaciones muy relevantes en materia de derechos, pero son los Ministros los que no las conocen (o al menos quienes no han demostrado mucho interés en aplicarlas para resolver casos concretos).

Por tanto, la primera afirmación que proponen Lara, Mejía y Pou puede ser contestada afirmando, al contrario de lo que ellos sostienen, que el activismo judicial sí que es posible en México. Ahora bien, ¿es también deseable ese activismo?

³⁸ De los defectos de la Constitución y la forma de superarlos me he ocupado en Carbonell, Miguel, *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, 2ª edición, México, UNAM, 2004 e *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, México, UNAM, CNDH, 2007 (en esta última obra se hace referencia solamente a los derechos fundamentales de igualdad y libertad, como su título lo indica); en torno a la insatisfactoria situación de nuestra teoría constitucional puede verse Carbonell, Miguel, “Sobre la teoría constitucional mexicana en el siglo XX”, *Lex. Difusión y análisis*, número 117, México, marzo de 2005, pp. 41-45.

³⁹ Algunos de los casos más significativos de malas decisiones de la Corte en materia de derechos se han analizado en Carbonell, Miguel, “La debacle de los derechos”, *Enfoque. Información, reflexión y cultura política*, suplemento dominical de *Reforma*, número 609, 6 de noviembre de 2005. Simplemente sobre el caso de Sergio H. Witz en torno a los alcances de la libertad de expresión se han escrito casi una docena de artículos académicos (lo cual es verdaderamente insólito para nuestra tradición académica que no suele prestar demasiada atención a las sentencias de la SCJN) y todos ellos han sido muy críticos con el sentido de la resolución.

⁴⁰ Uno podría pensar si la teoría constitucional española estaba muy desarrollada a principios de los años 80, cuando el Tribunal Constitucional de ese país inicia su andadura y cuando se da la etapa más activista que ha tenido. Con anterioridad a esa fecha, que yo sepa, solamente destacaban las aportaciones de Manuel García Pelayo (y sobre todo su libro de *Derecho constitucional comparado*). Los grandes autores del constitucionalismo español apenas comenzaban a rendir sus primeros frutos (Rubio Llorente, Manuel Aragón, Pedro Cruz Villalón) y estaban lejos de ver la luz los textos que a la postre al marcado un antes y un después en la teoría constitucional española; el único que ya se había publicado para entonces era el conocido ensayo de Eduardo García de Enterría sobre la Constitución como norma y el tribunal constitucional (aparecido en el número 1 de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, ya desde entonces dirigida por Rubio Llorente).

La respuesta seguramente depende del talante de quien la ofrece. No lo es para Lara, Mejía y Pou. Para mí no solamente es deseable, sino que es la única postura congruente con el modelo del Estado constitucional y democrático de derecho. Cualquier observador puede objetar la viabilidad o la deseabilidad del modelo, lo que no puede hacer es prescindir de uno de sus elementos definidores y plantear un acomodo conceptual que lo desfigura. Si los Ministros se toman al pie de la letra el ordenamiento jurídico (todo el ordenamiento) tal como hoy en día está vigente en México, el resultado inexorable será una Corte sumamente activista, responsable de un cambio jurídico desde arriba, pero que tendrá enormes (y benéficos) efectos prácticos hacia abajo: hacia el resto de la judicatura, tanto local como federal, hacia el quehacer académico e incluso hacia las tareas que debe desarrollar el poder reformador de la Constitución.

El activismo judicial no solamente es posible, sino que también es deseable si estamos dispuestos a defender el modelo de la democracia constitucional que hoy en día ya está formalmente vigente en México, pero que suele ser negado o pospuesto –como puede verse– desde distintos estratos del poder judicial federal.

IX. CONCLUSIÓN

Desde luego, las discrepancias que permiten identificar los textos que componen el debate que se ha reseñado brevemente contribuyen a ofrecer elementos para que cada lector se forme su propio criterio, pero además creo que realzan el pensamiento y la actuación de todos los participantes. Solo se discrepa de quien se toma en cuenta, de quien merece nuestra máxima consideración y respeto, además de la atención necesaria para dar respuesta a sus planteamientos. Y es precisamente de este tipo de discrepancias, basadas en cuestiones conceptuales y formuladas con el rigor que es propio de la ciencia jurídica, de las que está urgido el escenario político y jurídico nacional. Por eso es que hay que felicitar a todos los participantes en el debate y animar a otros actores a seguir su ejemplo.

El debate propiciado desde la revista *Nexos*, gracias sobre todo al talante democrático de José Woldenberg, su director, es una invitación abierta no solamente para que todos los interesados en el quehacer judicial se informen y cuenten con elementos de valoración, sino también para que puedan llegar, como se decía, a sus propias conclusiones. Finalmente, de eso se trata en el Estado democrático: de mantener abiertas las discusiones, de aportar puntos de vista y de ejercer la autonomía moral y científica que cada uno de nosotros tiene la posibilidad y el deber de llevar a cabo, particularmente en el caso de los estudiosos de las ciencias sociales. A partir del debate sobre las cuestiones generales que se han apuntado, creo que lo que sigue es el análisis puntual de distintas sentencias judiciales, asunto sobre el que también la revista *Nexos* ha abierto un espacio para la discusión⁴¹ y que se comienza a desarrollar en revistas especializadas como *Isonomía*, *Reforma judicial*, *Cuestiones constitucionales* o la *Revista de la Facultad de Derecho de México*.

⁴¹ Ver su número 354, México, junio de 2007, donde se analizan las sentencias de los casos de militares con VIH/Sida (por José Ramón Cossío y Miguel Carbonell, en dos ensayos separados), de las candidaturas independientes (por Lorenzo Córdova), de la prisión vitalicia (por Pedro Salazar) y de la violencia intrafamiliar (por Arturo Zaldívar).