

Epílogo

Sobre la jurisprudencia y el litigio estratégico

Me ha parecido útil incorporar en este libro, a título de epílogo, algunas reflexiones acerca de un tema que ha adquirido gran importancia en los últimos años, relacionado con el quehacer de los juzgadores y de quienes ante ellos deben o quieren comparecer, y con el alcance y la eficacia de los pronunciamientos que aquéllos emiten. Para formular esta nota me valgo de los comentarios que expuse en mi intervención en la clausura del “Diplomado sobre Litigio Estratégico para la Defensa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, el 14 de diciembre de 2017, por invitación de mi colega del Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Rodrigo Gutiérrez Rivas, coordinador de ese Diplomado.

En páginas anteriores me he referido a la integración y desempeño de los tribunales inter-

nacionales –o supranacionales– y a las normas que figuran en el nuevo orden universal y regional –que también poseen eficacia supranacional, una vez adoptadas por los Estados que forman parte de los sistemas emisores y que asumen la normativa internacional en ejercicio de sus atribuciones soberanas, no a despecho de éstas.

La reflexión sobre esta materia conduce necesariamente al examen de las funciones que caracterizan a los tribunales en nuestro tiempo y a los efectos de las normas del derecho internacional de los derechos humanos. El estudio de estos extremos resulta indispensable para establecer, en alguna medida, los objetivos, el encauzamiento y las eventuales fronteras del litigio estratégico, con el que ciertamente se está contribuyendo, como es deseable, a la mejor defensa de los derechos humanos.

Por supuesto, el análisis del perfil contemporáneo de los tribunales, particularmente de los que poseen más elevada jerarquía y ejercen mayor influencia –interna o internacional–, requeriría un amplio y detallado desarrollo. En este momento sólo pretendo referirme a algunos puntos que destacan en este ámbito. Subraya-

ré, en primer término –pero no estoy estableciendo un orden jerárquico entre las atribuciones de los juzgadores–, que el sistema jurisdiccional, –una figura mucho más extensa que el sistema judicial– se ha confirmado como un auténtico poder al lado de otros poderes tradicionales del Estado de Derecho. La jurisdicción ha dejado de ser, como lo fue por mucho tiempo, una instancia “menos poderosa” –como dijo Hamilton– que los órganos ejecutivo y legislativo. Hoy día se ubica como árbitro entre estos poderes e incluso como autoridad sobre ellos.

En segundo término, el órgano jurisdiccional opera como garante del Derecho en general y de los derechos de los individuos, de los que es custodio natural y eficaz (o debiera serlo). Este quehacer de garantía confiere a la potestad jurisdiccional un rango idéntico, o acaso superior, al de otras instancias del Estado. En tercer término, conviene advertir que el juzgador, que ya no es una “boca que pronuncia las palabras de la ley” –como dijo Montesquieu, con una expresión explicable en el momento en que fue enunciada–, funciona activamente como generador del Derecho objetivo, a través de las potestades de interpretación (pro-

gresiva, teleológica, transformadora, que se duele decir) e integración en los términos que actualmente prevalecen.

Vayamos ahora a los efectos de la norma internacional relativa a derechos humanos, efectos que pueden hallarse igualmente en las disposiciones concernientes a otros espacios de la regulación jurídica, pero que en éste poseen raíz y destino singulares.

Tanto la jurisprudencia interna como la internacional –y en todo caso la proveniente de la Corte Interamericana– han destacado la composición de la norma jurídica, constituida por el precepto que aplican los tribunales y la interpretación que éstos hacen acerca de aquél, interpretación que vincula u orienta a los propios tribunales y a otros agentes del poder público en el marco de la preceptiva aplicable. Esta es la doble composición de la norma. Es bien sabida y frecuentemente citada la expresión de un antiguo magistrado de la Suprema Corte de los Estados Unidos: “la Constitución dice lo que dice la Suprema Corte”.

A propósito de los efectos de la norma compuesta con los dos elementos que antes mencioné, es preciso distinguir el alcance y la efi-

cacia que aquélla posee con respecto a las partes que figuran en un litigio específico –partes sustantivas y/o procesales– y en relación con terceros que no actúan en éste, pero están sujetos a la misma regla jurídica específica por haberlo resuelto –también soberanamente– en la formación de un pacto, convenio o tratado.

Por supuesto, la norma del derecho internacional de los derechos humanos que aplica el tribunal competente posee inequívoca fuerza vinculante para las partes que figuraron en la contienda –autoridad *inter partes*–, por lo que toca a los hechos y a los derechos y obligaciones de los litigantes en el caso concreto al que se refiere la decisión jurisdiccional. Ahora bien, ésta también tiene esa fuerza vinculante –a la que se alude bajo el concepto de “cosa interpretada”– con respecto a otros sujetos del mismo orden jurídico internacional que no participaron en el litigio, fuerza *erga omnes* que reside en la subordinación de éstos a dicho orden jurídico y que se expresa en los términos de las sentencias llamadas a concurrir en la formación de un Derecho común: piezas de esta construcción compartida, el denominado *ius commune*.

Lo manifestado hasta ahora mueve a reflexionar sobre la legitimidad democrática del juzgador y de la norma a cuya formación concurre la sentencia, temas –sobre todo el primero, cimiento del segundo– muy frecuentemente abordados y diversamente resueltos. Recordemos que la integración de los órganos supremos del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, suele derivar del voto popular, que aporta el sustento democrático de los titulares de aquellos órganos. No ocurre lo mismo –salvo precedentes históricos y excepciones actuales– en lo que respecta a los titulares de los supremos órganos jurisdiccionales, en cuya designación no intervienen directamente los ciudadanos. Este hecho interesa a la legitimidad del juzgador, que es preciso fundar sobre supuestos distintos del sufragio popular directo.

Lo mismo se puede decir en lo que toca a la legitimidad democrática de la norma elaborada a partir de la decisión judicial o con sustento en ella. Si la ley recoge la “voluntad popular”, como se dijo desde el siglo XVIII, con el propósito de fortalecer a los ciudadanos y a los parlamentos frente a los monarcas, la sentencia del juzgador contemporáneo no expresa esa vo-

luntad; al menos, no la recoge en la forma, mucho más evidente y dramática, en que lo hace el acto legislativo. Es así que resulta indispensable plantear la legitimidad del acto jurisdiccional desde una perspectiva diferente de la que se utiliza para sostener la legitimidad de la ley emanada de un cuerpo emisor electo mediante sufragio popular, que puede hallar su origen –idealmente– en la propuesta política y/o legislativa expuesta ante los ciudadanos electores.

En consecuencia de lo anterior, procede considerar, como se ha hecho constantemente, los métodos para la elección o designación o nombramiento –como se prefiera– de los titulares de la función jurisdiccional, así como los rasgos de personalidad que éstos deben reunir para garantía (siempre relativa) de buen desempeño. Las disposiciones concernientes a los juzgadores son, en general, mucho más exigentes que las relativas a la elección de otras autoridades, según se observa –para citar un ejemplo a la mano– en la Constitución General de la República y conforme se desprende de la conexión entre ésta y la elección de los integrantes de la Corte Interamericana, bajo el Pacto de San José.

Cabe aludir, pues, a los rasgos de probidad, prudencia y autocontención que deben caracterizar a los titulares de la función judicial, y específicamente a quienes se ubican en la más elevada situación como integrantes de tribunales de última o de única instancia. Los tribunales constitucionales e internacionales se hallan en la cúspide del aparato jurisdiccional; sus decisiones no son impugnables; sus integrantes no están sujetos a una elección popular gobernada por las reglas ordinarias de la democracia. Por lo tanto, cobra máxima relevancia la necesidad de asegurar el autocontrol del funcionario, que deriva de su excelencia personal y profesional, de la estricta racionalidad de sus decisiones y de su verdadera subordinación al orden jurídico que está llamado a aplicar (pero también a construir).

Lo que llevo dicho posee evidentes implicaciones en materia de litigio estratégico, que constituye el cauce cada vez más frecuentemente utilizado para promover y obtener decisiones de suprema autoridad, a través de la instancia jurisdiccional, fuera de la consulta o de la determinación de los ciudadanos y con independencia de los parlamentos y de la interpretación

que éstos pudieran aportar, como ocurrió en el pasado, acerca de la voluntad popular y del sentido de las leyes que emitan.

El litigio, como tema propuesto a la consideración de los tribunales, puede surgir en forma natural, casi inevitable, merced a las contiendas que aparecen espontáneamente en la sociedad, o ser determinado conforme a una estrategia que busca alcanzar decisiones jurisdiccionales atentas a cierta orientación jurídica, política o ética; decisiones ajenas al legislador y que pueden sellar la actuación de este y de otros agentes del Estado. De ahí la necesidad de ponderar en cada caso, con rigor, la pertinencia del litigio estratégico. Parece indispensable analizar cuidadosamente la necesidad de promover decisiones jurisdiccionales que tengan gran alcance y que sustituyan, en los hechos, a las decisiones parlamentarias, con todo lo que ello implica.