

¿POR QUÉ LA SUPREMA CORTE NO HA SIDO UN INSTRUMENTO PARA LA DEFENSA DE DERECHOS FUNDAMENTALES?

Ana Laura MAGALONI KERPEL*

Al maestro Héctor Fix-Zamudio, quien con su ejemplo ha dejado claro que la discrepancia y las distintas posiciones son fundamentales para que exista en México una comunidad académica de juristas real y vibrante

SUMARIO: I. *La transformación de la jurisdicción constitucional europea: del legislador negativo al garante de derechos fundamentales.* II. *La Suprema Corte, ¿por qué sigue empeñada en ser un “legislador negativo”?*

A fines de 1994, el presidente Ernesto Zedillo impulsó la aprobación de una de las reformas constitucionales de mayor impacto y relevancia para el proceso de transición democrática de México. Se trata de la reconfiguración de la Suprema Corte, tanto en su integración como en su ámbito jurisdiccional. Ernesto Zedillo procuró hacer de la Corte un árbitro jurídico creíble, con capacidad para pacificar los múltiples conflictos políticos que anunciaba el creciente pluralismo político del país. Así, a partir de dicha reforma, la Corte se convirtió en la principal instancia para pacificar el tipo de conflictos que, por muchos años, se resolvieron a través de los mecanismos informales propios de un sistema político de partido hegemónico. Con ello, la Suprema Corte logró facilitar el cambio político en el país.

* Profesora-investigadora en la División de Estudios Jurídicos del CIDE.

Sin embargo, la segunda gran asignatura de la justicia constitucional, y quizá la más importante, ha estado prácticamente olvidada en estos trece años. Me refiero a la protección de los derechos y libertades constitucionales del ciudadano. La reforma constitucional de 1994 no estuvo pensada para que la Suprema Corte fuera un instrumento de defensa de los derechos fundamentales; es más, uno de los rasgos centrales de dicha reforma fue limitar la jurisdicción de la Corte en materia de amparo: sólo aquellos asuntos que plantearan la inconstitucionalidad de una norma general podrían ser merecedores de la atención del máximo tribunal. Ello fue producto de una muy particular, y, en mi opinión, errónea concepción de lo que es un Tribunal Constitucional. En México ha prevalecido la visión de que la función principal de un “verdadero” tribunal constitucional es la de depurar el ordenamiento de las normas generales que violan la Constitución, muy al estilo del primer diseño de Tribunal Constitucional europeo obra de Kelsen, el cual quedó plasmado en la Constitución austriaca de 1920. Con ello, la función de la Suprema Corte de establecer criterios constitucionales en materia de derechos fundamentales, vinculantes para el resto de los tribunales, ha quedado en un segundo plano y prácticamente desdibujada.

En este ensayo pretendo analizar dos cuestiones puntuales: en primer término, el modo como la concepción de “legislador negativo”, con la que nació la jurisdicción constitucional en Europa, ha sido sustituida por una concepción centrada en la defensa de los derechos fundamentales. Ello ha hecho que la función de los tribunales constitucionales europeos y de la Corte Suprema norteamericana se asemeje cada vez.

La experiencia europea y norteamericana debería servir a la Suprema Corte mexicana; sin embargo, como analizaré en la segunda parte, todo parece indicar que ello no es así. En México sigue prevaleciendo la visión de que la Suprema Corte es un tribunal constitucional, cuya principal función es la de legislador negativo. Ello conlleva importantes obstáculos para el futuro de la jurisdicción constitucional de nuestro país, en concreto, para que la Corte lidere el proceso de generación de la jurisprudencia constitucional vinculante en materia de derechos fundamentales. En este país se requiere que la Corte modifique la manera como ha venido concibiendo su papel y retome su posición estratégica en el organigrama judicial. Con ello, nuestro máximo tribunal podría cambiar radicalmente las coordenadas de la construcción jurisprudencial de los derechos fundamentales y, con ello, aumentar significativamente su eficacia.

I. LA TRANSFORMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN
CONSTITUCIONAL EUROPEA: DEL LEGISLADOR NEGATIVO
AL GARANTE DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Como es sabido, en Europa, los primeros sistemas de control constitucional surgen durante la primera posguerra,¹ entre estos, el más exitoso fue el sistema austriaco, concebido por Hans Kelsen y plasmado en la Constitución del 1o. de octubre de 1920. Uno de los aspectos clave de este diseño de jurisdicción constitucional fue concentrar el control constitucional de las leyes en un sólo órgano (control concentrado), el cual estaba separado del Poder Judicial. Dicho tribunal, como señala García de Enterría, no era propiamente un órgano jurisdiccional, en el sentido que no tenía la tarea de enjuiciar situaciones concretas o hechos específicos. Su función era analizar la compatibilidad entre dos normas abstractas: la ley y la Constitución. En caso de que estas normas fueran incompatibles, el Tribunal Constitucional anulaba a la ley inconstitucional expulsándola del ordenamiento. Esta eficacia *erga omnes* de sus sentencias es lo que le dio el carácter de “legislador negativo”. Mientras que el legislador positivo crea nuevas leyes, el legislador negativo elimina aquellas que son incompatibles con la Constitución.² Con este modelo de jurisdicción constitucional lo que se pretendía era que el legislador estuviese limitado efectivamente por la Constitución, pero, al mismo tiempo, quedara inalterada la sumisión de los jueces a la ley.³

El recurso de inconstitucionalidad era la forma en que distintos actores políticos y minorías parlamentarias podían acceder al Tribunal Constitucional. Lo que en el recurso se debate, por tanto, son dos concepciones políticas contrapuestas, una de las cuales, la que presenta el recurso, niega la legitimidad constitucional de la concepción sustentada por el legislador. Así, el control abstracto de la Constitución a través del recurso de inconstitucionalidad es una manera de despejar las dudas que la lucha política arroja sobre la legitimidad de la ley. Es un recurso, por tanto,

¹ Para un estudio riguroso y muy bien documentado sobre la formación de la jurisdicción constitucional europea, véase Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

² *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 131 y 132.

³ Al respecto, véase Rubio Llorente, Francisco, “Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 466-471.

destinado a pacificar, a través de un tribunal, los conflictos políticos propios del pluralismo democrático.⁴

Dentro de esta concepción de legislador negativo, la pregunta central es qué le sucede a la ley, y sólo en un segundo plano muy desdibujado se encuentra el sentido de los preceptos constitucionales que establece el Tribunal a lo largo de la argumentación de sus sentencias. Ello es así por la sencilla razón de que la argumentación del Tribunal no vincula a los jueces ordinarios ni al futuro legislador. El fallo de la sentencia es el que tiene eficacia *erga omnes*. Los jueces ordinarios sólo están vinculados a la ley y, por tanto, la jurisprudencia constitucional le es irrelevante para sus futuras decisiones.⁵

Este modelo kelseniano de legislador negativo fue abandonado en Europa con los tribunales constitucionales de la segunda posguerra. Según Marian Ahumada, la nota característica de la jurisdicción constitucional de la segunda posguerra es que fue creada para garantizar un tipo de Constitución inédita en Europa. Se trataba de Constituciones con un amplio catálogo de derechos fundamentales que ocupaban el lugar central de la organización del poder y que, como tales, deberían de ser exigibles aun frente al legislador.⁶

Para ello, la jurisdicción constitucional europea mantiene sus características de un tribunal aparte del Poder Judicial, con facultades para controlar la constitucionalidad de la ley en forma abstracta y desempeñar así las tareas de árbitro entre los poderes públicos (recurso de inconstitucionalidad), pero, además, se le da acceso directo a los ciudadanos (recurso de amparo) y a los jueces (cuestión de inconstitucionalidad) para reclamar ante el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de actos de poder, en el primer caso, o de leyes, en el segundo.⁷

⁴ *Cfr.* Rubio Llorente, Francisco, “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, *La jurisdicción constitucional chilena ante la reforma*, Santiago de Chile, Cuadernos de análisis jurídico de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1999, pp. 40-42.

⁵ “La sentencia (del Tribunal Constitucional kelseniano) queda reducida en lo esencial al pronunciamiento de la ley y la «opinión» del Tribunal, a la que Kelsen no dedica la más mínima atención, pasa a ser, en consecuencia, poco más que la «exposición de motivos» del legislador negativo”. Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, p. 509.

⁶ Ahumada, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa*, España, Universidad de Navarra-Civitas, 2005, p. 38.

⁷ La cuestión de inconstitucionalidad existe en distintas formas en Austria, Portugal, Alemania, Bélgica, España e Italia. En cambio, el recurso de amparo sólo existe en España

La característica más importante de los recursos de amparo español y alemán es que el acceso al Tribunal Constitucional queda condicionado a que el ciudadano agote todos los recursos y acciones de la jurisdicción ordinaria. Ello hace que el recurso de amparo siempre tenga por objeto, directa o indirectamente, una decisión judicial previa, con lo cual el Tribunal Constitucional se convierte en la última instancia judicial. Así, la rígida separación entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional se diluye.⁸

Esta relación entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios ha provocado una profunda transformación de la jurisdicción constitucional europea. A ello se refiere Rubio Llorente en un interesante ensayo. Según el autor, en virtud del amparo y la cuestión de inconstitucionalidad, el modelo europeo originario, centrado en el control abstracto de la constitucionalidad de la ley, se ha ido modificando y evolucionando hacia un modelo centrado en la protección de derechos. Los tribunales constitucionales europeos dedican la mayor parte de su tiempo y esfuerzo a la protección de los derechos y sólo de manera indirecta a la corrección de la obra del legislador.⁹

La razón de ser de esta tendencia —señala el autor— reside simplemente en el hecho de que el control de la constitucionalidad de la ley es en sí mismo simplemente instrumental; el aseguramiento de la constitucionalidad de las leyes no persigue otra finalidad que la de garantizar la vigencia

y en Alemania. Según Francisco Rubio Llorente, a través de ambas formas de control, los tribunales constitucionales han ido desarrollando la jurisprudencia en materia de derechos, aunque, sin duda, el recurso de amparo de España y Alemania ha demostrado ser el mecanismo más efectivo para este propósito. “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, *cit.*, nota 4, pp. 44-49.

⁸ Al respecto, Rubio Llorente señala: “La introducción del recurso de amparo convierte de hecho al Tribunal Constitucional en la última instancia judicial, en el auténtico Tribunal Supremo. La Constitución es la pieza central del ordenamiento, la clave que asegura su unidad, y el Tribunal Constitucional, en cuanto intérprete supremo de la Constitución, es el órgano encargado de la unificación de la doctrina”. *Ibidem*, p. 48.

En el mismo sentido, con respecto a la cuestión de inconstitucionalidad, el autor destaca: “Al abrir a todos los jueces la posibilidad de dirigirse directamente al órgano de la jurisdicción constitucional, se debilita en efecto la dependencia en la que los tribunales inferiores se encuentran respecto de los superiores, cuya doctrina pueden ahora ponerse en cuestión ante el Tribunal Constitucional; la separación entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria se difumina y el Tribunal Constitucional se sitúa, a muchos efectos, en el lugar propio de un Tribunal Supremo, con lo que se asegura que su doctrina sea efectivamente vinculante y no sólo orientativa para todos los jueces”. *Ibidem*, p. 46

⁹ *Ibidem*, p. 54.

de los derechos y, en consecuencia, la razón de ser de la tendencia es inherente a la idea misma de jurisdicción constitucional.¹⁰

Dicho de otra manera, la depuración del ordenamiento jurídico y la pacificación de conflictos políticos, propia del Tribunal Constitucional concebido como “legislador negativo”, no es la finalidad principal de esta institución, sino un producto secundario consecuencia de la eficacia y garantía de los derechos fundamentales.¹¹

Cabe destacar que, desde este otro modelo de jurisdicción constitucional, a diferencia de lo que ocurre en el caso del legislador negativo, la tarea central de los tribunales constitucionales es generar jurisprudencia constitucional vinculante para el resto de los órganos jurisdiccionales. La pregunta central, por tanto, ya no es lo que le sucede a la ley ni la eficacia *erga omnes* del fallo de la sentencia, lo más relevante es lo que dice el Tribunal respecto al sentido y alcance de los preceptos constitucionales. El poder del Tribunal Constitucional ya no radica centralmente en su capacidad para expulsar normas generales del ordenamiento, sino en que todos los jueces ordinarios están obligados a seguir su jurisprudencia en casos análogos o similares. Con ello, la eficacia de la Constitución adquiere una dimensión real y tangible en las acciones de gobierno y en la vida concreta de los ciudadanos.¹²

De ahí que, como señala Capelletti, la práctica de los tribunales constitucionales europeos de la segunda posguerra ha generado “la dolorosa toma

¹⁰ *Ibidem*, p. 53.

¹¹ La importancia que ha tenido la garantía de los derechos fundamentales del Tribunal Constitucional en contraste con las funciones de legislador negativo y árbitro de conflictos políticos también se refleja estadísticamente. En el caso de España, según las cifras de Rubio Llorente, mientras que los recursos de amparo crecen anualmente, los recursos de inconstitucionalidad y conflictos decrecen también de forma regular. “En toda la vida del Tribunal, señala el autor, los recursos de amparo significan el 94.5% del total de asuntos; en 1993 el porcentaje era ya del 97% y en 1994 del 98%”. *Ibidem*, p. 49.

¹² Al respecto, Marian Ahumada plantea las siguientes interesantes preguntas: “Se ha dicho que los tribunales constitucionales han pasado del control de la constitucionalidad al de la «microconstitucionalidad», del control de la ley al control de la aplicación de la ley, de la preocupación por la constitucionalidad de la ley en abstracto, a la prioridad del examen de su constitucionalidad en relación con supuestos concretos de aplicación. Que se ha producido un cambio significativo, como acabo de indicar, pocos lo ponen en duda. No hay acuerdo, sin embargo, en la identificación de las causas y tampoco, en su justificación. ¿Fueron creados para «esto» los tribunales constitucionales? ¿Está en sus manos decidir esta «reconvención» de su misión?»; *op. cit.*, nota 6, p. 49.

de conciencia de que una Constitución y una declaración de derechos necesita de la maquinaria judicial para ser efectivos”.¹³ Así, la función de los tribunales constitucionales europeos termina por asemejarse a la de la Corte Suprema norteamericana. En ambos casos, la tarea central de los jueces constitucionales es establecer la jurisprudencia vinculante para el resto de los órganos jurisdiccionales. La desventaja de los tribunales constitucionales europeos es que no son la cabeza del Poder Judicial, como sucede con la Corte Suprema norteamericana.¹⁴ Esta es la principal diferencia entre un tribunal supremo y un tribunal constitucional.¹⁵

No es materia de este ensayo analizar los múltiples problemas que enfrenta la jurisdicción constitucional europea para encontrar un acomodo adecuado en el organigrama judicial ni para atender, en el caso de España y Alemania, los innumerables recursos de amparo que le llegan cada año.¹⁶ Lo que me interesa destacar, para efectos de entender mejor lo que está sucediendo en México, son tres cuestiones: en primer término, en Europa está muy superado el modelo de tribunal constitucional como de

¹³ Capelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 186.

¹⁴ Al respecto, véase, Ahumada, Marian, “¿Hay alternativas a la *judicial review*?”, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 3-25.

¹⁵ En el caso de México, la utilización del término tribunal constitucional es bastante confusa. Por lo general, se utiliza dicho término para referirse a la Suprema Corte y su función de último intérprete de la Constitución. Sin embargo, la Corte mexicana no es propiamente un tribunal constitucional, en el sentido que los europeos utilizan este término, sino un Tribunal Supremo, ya que es el órgano cúspide el Poder Judicial de la Federación. El hecho de que tenga jurisdicción para resolver conflictos constitucionales no altera esta clasificación. Para los europeos básicamente existen dos modelos de jurisdicción constitucional, el modelo de tribunal supremo, cuya expresión paradigmática es la Corte Suprema norteamericana, y el modelo de tribunal constitucional, que es el que siguieron los países europeos y que se caracteriza por ser un modelo de control concentrado en un tribunal aparte del Poder Judicial.

¹⁶ Sin duda, uno de los principales problemas que enfrentan los tribunales constitucionales español y alemán es que el número de recursos de amparo crece de manera sistemática cada año, excediendo, por mucho, la capacidad del tribunal para resolverlos en un tiempo razonable. Desde hace varios años, en ambos países se están intentando construir soluciones al respecto, las cuales no han tenido todo el éxito deseable. Sobre el caso español véase, Rubio Llorente, Francisco, “El trámite de admisión del recurso de amparo”, *La forma del poder*, pp. 537-566. Para el caso alemán, véase Rodríguez, José Luis, “Seleccionar lo importante”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994.

legislador negativo; en segundo término, la experiencia norteamericana y europea demuestran que para garantizar la eficacia de la Constitución y de los derechos fundamentales se requiere no sólo de un tribunal, sino de una maquinaria judicial completa, y, finalmente, la labor principal de los jueces constitucionales, sea en el modelo norteamericano o en el europeo, es generar criterios de interpretación constitucional vinculantes para el resto de los jueces. Con estas tres ideas en mente, analizaremos el caso de la Suprema Corte mexicana.

II. LA SUPREMA CORTE, ¿POR QUÉ SIGUE EMPEÑADA EN SER UN “LEGISLADOR NEGATIVO”?

No se puede poner en duda la importancia que ha tenido la Suprema Corte en los últimos trece años. Su función ha sido central para transitar pacíficamente a un régimen democrático. La Corte, en este tiempo, ha sido un árbitro jurídico independiente que ha mostrado capacidad para solucionar los múltiples conflictos que ha generado la redistribución del poder. Ello no es cualquier cosa. Ante la ausencia de los mecanismos informales de pacificación de conflictos políticos propios de un sistema de partido hegemónico, la Corte ha venido a llenar ese vacío, y, por sus resultados, cabe afirmar que lo ha hecho bastante bien.

Sin embargo, la jurisdicción constitucional no está diseñada solamente para arbitrar y pacificar conflictos políticos. Continúa siendo una gran asignatura pendiente de la Corte un desarrollo sistemático de la jurisprudencia constitucional que permita, por un lado, fijar las reglas constitucionales que prevengan la repetición de esos mismos conflictos políticos en el futuro y, por el otro, desarrollar de manera sistemática el contenido y alcance de los derechos fundamentales. En otras palabras, la Suprema Corte no ha logrado, en estos trece años, descubrir y desempeñar el trascendente papel de la justicia constitucional en una democracia: lograr que la Constitución genere derecho constitucional.¹⁷

¹⁷ “Lo que distingue a los sistemas con control judicial de constitucionalidad de aquellos que carecen de él no es, o no es esencialmente, la situación de inmunidad de los actos del legislador en estos últimos. Lo realmente distintivo es la presencia en los primeros de un poder generador de doctrina constitucional, una instancia dotada de autoridad para resolver controversias a propósito del significado y alcance de los preceptos constitucionales, capaz de extraer de los enunciados abstractos e inespecíficos del texto constitucional, orientaciones, di-

Este papel sólo lo podrá desempeñar si centra su atención en la generación de jurisprudencia constitucional. Ello pasa por tres cuestiones básicas: 1) la metodología de argumentación de casos; 2) la posibilidad que le da su facultad de atracción para constituirse en un tribunal que controla la aplicación judicial de la ley (juez de casos y no sólo de normas) y, 3) el ejercicio de liderazgo en el proceso de generación y revisión de la jurisprudencia de los tribunales colegiados. A continuación nos referiremos a cada una de estas cuestiones. Sin embargo, desde ahora cabe destacar que, lo que sostengo es que, para que la Corte lidere la construcción jurisprudencial del contenido y alcance de los derechos fundamentales tiene que rescatar su papel de órgano vértice del organigrama judicial federal (tribunal supremo) y abandonar su visión de órgano especializado y aparte de la maquinaria judicial (tribunal constitucional).

1. Metodología de argumentación de casos

Una de las características centrales de la jurisprudencia constitucional es que ninguna sentencia permanece aislada. Toda decisión constitucional forma parte de un cuerpo concatenado de reglas de creación judicial. Ello es particularmente cierto en materia de derechos fundamentales. Los jueces constitucionales, caso por caso, van urdiendo gradualmente la trama del sentido y alcance de cada uno de los derechos establecidos en la Constitución. Así, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional del derecho de libre expresión se ha ido configurando, tanto en Estados Unidos como en Europa, a partir de un conjunto de asuntos que plantean distintas aristas o problemas constitucionales en torno a ese derecho: la protección constitucional al discurso político, a la propaganda comercial, a la pornografía, al discurso subversivo, etcétera. El éxito de este proceso radica en la consistencia del tribunal, es decir, en la forma en que éste logra entrelazar las distintas decisiones judiciales, de tal manera que, todas ellas, en conjunto, definen el alcance y sentido del derecho en cuestión.¹⁸

rectrices, normas concretas, reglas de aplicación inmediata, que con el tiempo adquieren la condición de “derecho constitucional”, resistente, por tanto, a la ley. Como resultado, el potencial normativo de la Constitución se amplifica de modo extraordinario”. Ahumada, Marian, *op. cit.*, nota 6, p. 61.

¹⁸ La mejor manera de entender este proceso es analizando una secuencia de decisiones judiciales en específico. Para el caso de la Corte Suprema norteamericana véase Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial nortea-*

Para describir este proceso, Dworkin hace la analogía con una novela *seriatim* escrita por distintos autores. Cada decisión judicial —señala el autor— representa un capítulo de la trama de la novela y, como tal, añade algo nuevo a la misma, pero, a la vez, para formar parte de esa novela, el juez debe tomar en cuenta lo que han escrito sus antecesores, es decir, su sentencia tiene que continuar en forma consistente la “historia” de la secuencia de decisiones previas.¹⁹ Así, toda decisión de los jueces constitucionales se convierte en un eslabón entre el pasado y el futuro: la solución propuesta representa el punto de unión entre lo que los jueces hicieron en controversias pasadas y lo que se espera que hagan en futuros litigios. La jurisprudencia constitucional será, precisamente, el conjunto de sentencias que se pueden entrelazar y ordenar de tal modo que se tenga una visión global de las distintas caras o problemas que genera la eficacia del derecho en cuestión, así como del alcance de la protección constitucional en cada caso.²⁰

Para cualquiera que haya estudiado la argumentación de las sentencias de la Corte Suprema norteamericana o de algún tribunal constitucional europeo son evidentes las diferencias que existen con respecto a las decisiones de la Suprema Corte mexicana. Dichas diferencias no sólo tienen que ver con la extensión de las sentencias y con la calidad argumentativa de las mismas, sino, también, con la manera como se utilizan las decisiones judiciales previas o jurisprudencias en la construcción del sentido de los preceptos constitucionales. En el caso de la Corte mexicana, rara vez

mericano, Madrid, McGraw Hill, 2001. En dicho trabajo, analizo distintas líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema en materia de derechos fundamentales. Véase, sobre todo, pp. 118-137. Para el caso del Tribunal Constitucional español es particularmente ilustrativo el libro coordinado por Rubio Llorente, Franciso, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1995. En este trabajo, distintos autores, ordenan y sistematizan los pronunciamientos del Tribunal Constitucional español que precisan el contenido de los derechos fundamentales y los principios constitucionales.

¹⁹ *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986, pp. 228-232.

²⁰ Es claro que cuantas más decisiones existen en torno a una misma cuestión constitucional o legal, menor será el margen de discrecionalidad y libertad de los tribunales para optar por una u otra solución, para continuar con la trama de la novela diría Dworkin, al punto que, cuando existen varias sentencias que han abordado distintos aspectos de la misma cuestión, un buen número de asuntos estarán claramente controlados por la doctrina constitucional vinculante. Con relación a esta idea, véase Shelly, J., “Interpretation in Law: the Dworkin-Fish Debate”, *California Law Review*, vol. 73, 1995, pp. 158 y ss.

el lector puede tener esa visión de una novela *seriatim* a la que se refiere Dworkin. Nuestra Corte no hace explícito el proceso casuístico de construcción del sentido de los preceptos constitucionales, tampoco extiende o distingue sistemáticamente los casos en función de los principios y valores constitucionales que subyacen en los mismos. Por lo general, la Corte se refiere a su jurisprudencia en términos de reglas generales fijas, sin conexión explícita con el resto de su obra jurisprudencial, ni tampoco con referencias claras a los aspectos nuevos que añade su decisión a esa obra colectiva.²¹

Las razones que explican esta práctica argumentativa exceden los objetivos de este ensayo; sin embargo, a modo de hipótesis cabe sugerir que estas razones se encuentran en las prácticas judiciales propias de un sistema político autoritario, en donde la función principal de la jurisprudencia fue disciplinar en forma muy estricta la actividad de los jueces y con ello evitar que se aventuraran a generar decisiones y criterios jurisprudenciales con un alto contenido valorativo o sustancialista. Dicho de otra manera, la jurisprudencia de los tribunales federales fue una manera

²¹ Será materia de otro trabajo de investigación más amplio explorar con mayor profundidad las diferencias sustantivas entre la jurisprudencia constitucional mexicana y la de otros tribunales como el Tribunal Constitucional español y la Corte Suprema norteamericana. Sin embargo, cabe señalar que, a primera vista, destaca la forma *sui generis* como en México se crea y se modifica la jurisprudencia, así como la manera en que se difunde y publica la misma. Es extraño, por decir lo menos, que la jurisprudencia constitucional en materia de amparo se genere a través de un proceso de reiteración (cinco sentencias ininterrumpidas en el mismo sentido) y que se establezcan un número específico de votos (8 de 11 en el caso del Pleno, 4 de 5 en el caso de las salas, y unanimidad en el caso de los tribunales colegiados). También es bastante peculiar que las tesis jurisprudenciales se extraigan de las sentencias y se publiquen en el *Semanario Judicial* a modo de reglas generales sin ninguna vinculación o relación con la sentencia que les dio origen. Nada de ello sucede en Europa o en Estados Unidos. La doctrina constitucional (Europa) o el *case law* constitucional (Estados Unidos) no tienen que ver con el resultado concreto de los casos que le dieron origen, como parece que sucede en el caso de la jurisprudencia mexicana por reiteración, sino con la argumentación que sustenta dicho resultado. Además, dado que la argumentación sólo se puede comprender cabalmente si se conocen los hechos o cuestiones que la motivaron, no cabe la posibilidad de publicar la doctrina o *case law* de modo abstracto y absolutamente independiente de las sentencias como sucede en México. Me inclino a pensar, y ello lo intentaré demostrar en otro trabajo, que parte de la problemática que existe en torno a la eficacia normativa plena de la Constitución y, en particular, de los derechos fundamentales en México, tiene que ver con la normatividad vigente y prácticas del Poder Judicial de la Federación para establecer y modificar su jurisprudencia.

exitosa de garantizar el formalismo judicial extremo que requería un sistema autoritario. Dentro de ese contexto, la jurisprudencia estaba destinada principalmente a limitar el poder de los jueces, concentrándolo en pocos jueces (ministros y magistrados), y en garantizar predictibilidad y certeza jurídicas en los procesos jurisdiccionales.

Sin embargo, una de las características más importantes del derecho de creación judicial es que es un derecho dinámico. La jurisprudencia constitucional no puede perder su capacidad para ir transformando su contenido en función de los cambios sociales, de lo contrario, la actividad jurisdiccional se anquilosa y pierde toda capacidad para hacer del derecho un instrumento al servicio de la sociedad. Esta capacidad de adaptación de la jurisprudencia sólo se logra a partir de un tipo de argumentación que pueda encontrar el correcto acomodo entre la necesidad de certeza y predictibilidad jurídicas, por un lado, y la necesidad de flexibilidad e incorporación de nuevos valores, por el otro.²² Este tipo de argumentación requiere un cambio sustancial en la manera como la Corte genera, utiliza y modifica su propia jurisprudencia.

2. *Visión estratégica del ejercicio de la facultad de atracción*

Si bien es cierto que la metodología para el desarrollo de la jurisprudencia constitucional varía en algunos aspectos entre los tribunales constitucionales europeos y la Corte Suprema norteamericana, lo relevante, en ambos casos, es que la labor de los jueces constitucionales se centra en dotar de significado a la Constitución, sin importar realmente si ello es producto de un asunto en donde se impugna la constitucionalidad de una norma general o un acto concreto de aplicación. Dicho de otra manera, lo que realmente cuenta, tratándose de la configuración jurisprudencial de los derechos, es lo que la Constitución dice y no lo que le sucede con las normas o actos de autoridad que dieron origen a la sentencia.

Además, como ya señalé, la experiencia del control constitucional en Europa demuestra que el control abstracto no es una vía adecuada para la protección de derechos fundamentales ni para el desarrollo consistente de la jurisprudencia constitucional. La eficacia normativa de los derechos se asegura, tanto en Europa como en Estados Unidos, a través del control

²² Sobre el carácter dinámico del derecho de creación judicial, véase *op. cit.*, nota 18.

constitucional a la aplicación que el juez hace de la ley. Como señala Rubio Llorente, “la vigencia plena de los derechos exige no sólo el control constitucional de las leyes, sino, también, directamente, el de las decisiones judiciales que las aplican. Sobre la forma de organizar este control cabe la discusión; sobre su necesidad, no”.²³

Sin embargo, como todos sabemos, la Suprema Corte mexicana con la reforma de 1994 perdió toda su jurisdicción en materia de control constitucional de la aplicación judicial de la ley. Hoy en día esta es tarea exclusiva de los tribunales colegiados. Ello puede explicar por qué en México el avance democrático no ha tenido ningún impacto significativo en la eficacia de los derechos fundamentales. Los tribunales colegiados están más preocupados por resolver pronto los asuntos de su competencia, que por redefinir la jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales de acuerdo con los cambios políticos y sociales del país. Además, las reglas que rigen el cambio de criterios jurisprudenciales dificultan el proceso de transformación del derecho de creación judicial.²⁴

No obstante, existe un importante instrumento para que la Suprema Corte mexicana pueda controlar la constitucionalidad de la aplicación judicial de la ley: la facultad de atracción del artículo 107 constitucional. Esta facultad, utilizada de forma estratégica, puede ser el equivalente al *writ of certiorari* de la Corte Suprema norteamericana. La Suprema Corte mexicana puede elegir casos *ad hoc* para desarrollar el contenido de los derechos fundamentales de forma casuística y concatenada y para modificar la jurisprudencia sentada durante el régimen autoritario. Por ejemplo, podría comenzar por revisar el contenido del debido proceso constitucional. La innumerable cantidad de juicios penales de este país, en donde el acusado no tiene las mínimas garantías constitucionales que le aseguran un juicio justo, le darían a la Corte material de sobra para redefinir la jurisprudencia en este ámbito. Sin embargo, para que ello suceda, la Corte tiene que considerar “digno de su atención” lo que sucede en la jurisdicción ordinaria. Ello, por lo que se verá a continuación, está lejos de ocurrir.

²³ Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 4, p. 55.

²⁴ Para modificar la jurisprudencia en México se requiere del mismo proceso que para su formación (artículo 194 de la Ley de Amparo). El primer asunto que vaya en contra de la jurisprudencia establecida interrumpe su obligatoriedad, siempre y cuando haya sido decidido por el número de votos que se exige para su creación (ocho en el Pleno, cuatro en las salas y unanimidad en tribunales colegiados). Este tipo de requisitos obstaculiza el dinamismo de la jurisprudencia constitucional en México.

3. *Liderazgo en el proceso de generación y transformación de la jurisprudencia vinculante*

Como ya señalé, una de las ventajas comparativas más importantes de la Suprema Corte mexicana respecto de los tribunales constitucionales europeos es que ésta es el órgano superior en la jerarquía del Poder Judicial de la Federación, mientras que los tribunales constitucionales europeos siempre tienen que lidiar con el problema de la frontera entre la labor de los tribunales supremos y la de los propios tribunales constitucionales; en México, en cambio, la Suprema Corte es el máximo tribunal federal; por tanto, el resto de los órganos jurisdiccionales están obligados a seguir su jurisprudencia, sin importar si ésta establece criterios de interpretación de la Constitución, de las leyes federales o de ambos.

Así, a la Suprema Corte mexicana le puede resultar estratégico voltear a mirar la experiencia de la Corte Suprema norteamericana, en cuanto a su papel de máximo tribunal federal. La Corte norteamericana ha afianzado su autoridad en el sistema de división de poderes en el hecho de que sus decisiones constituyen precedentes vinculantes para el resto de los tribunales federales y estatales. Los otros poderes públicos, sin estar vinculados jurídicamente a los precedentes de la Corte, saben que, tan pronto cometan los mismos errores, habrá una maquinaria judicial completa obligada a echar para atrás dichos actos de poder. Así, la experiencia norteamericana demuestra que, una manera exitosa para que las decisiones de los jueces constitucionales tengan efectos en las futuras acciones de gobierno es que exista una maquinaria judicial obligada a aplicar el precedente o jurisprudencia en casos similares o análogos que se presenten con posterioridad. El secreto de todo ello es la relación jerárquica que tiene la Corte Suprema norteamericana con el resto de los tribunales, así como el liderazgo permanente que desempeña en el desarrollo de la jurisprudencia constitucional vinculante.

Excede por mucho los objetivos de este ensayo analizar el papel de la Corte Suprema norteamericana en el proceso de generación de la jurisprudencia constitucional;²⁵ sin embargo, a muy grandes rasgos, cabe destacar tres cuestiones centrales: en primer término, como todos sabemos, el ejercicio de la jurisdicción de apelación del Tribunal Supremo es fun-

²⁵ Sobre el proceso de generación de la jurisprudencia constitucional véase Magaloni Kerpel, *op. cit.*, nota 18, pp. 157-205.

damentalmente discrecional. A través del *writ of certiorari*, la Corte elige con gran libertad el tipo de asuntos que requiere su atención. La capacidad fáctica que tiene el Tribunal para atender un número limitado de asuntos al año hace que no pueda pronunciarse sobre todas las cuestiones de derecho federal que se discuten en los tribunales federales y estatales.²⁶ Por consiguiente, el Tribunal ha elegido algunas áreas y temas estratégicos. Tal es el caso de la jurisprudencia constitucional, en donde la Corte Suprema ha asumido un liderazgo incuestionable.

En segundo término, a través de la elección de casos producto del *certiorari*, el Tribunal Supremo norteamericano no sólo elige los temas en los que considera estratégico intervenir, sino también el momento oportuno de hacerlo. Por lo general, el Tribunal espera que el asunto esté “maduro”, es decir, que haya tenido lugar el proceso de *percolation*²⁷ en los tribunales intermedios. Esto es, que los tribunales federales de circuito hayan comenzado a proponer distintas reglas de decisión en torno a una misma cuestión jurídica controvertida. Ello hace que cuando la Corte Suprema decide tomar un asunto pueda contar con una adecuada perspectiva del problema y evaluar los efectos jurídicos y sociales que han tenido las distintas reglas de decisión elaboradas por los tribunales intermedios.²⁸

Finalmente, es importante destacar que, cuando la Corte Suprema establece un precedente vinculante con relación a una determinada cuestión jurídica lo que marca es la directriz general que debe seguir el proceso de

²⁶ Para una versión en castellano sobre la regulación y el procedimiento para el acceso al Tribunal Supremo norteamericano a través del *writ of certiorari*, véase Ahumada, Marian, “El *certiorari*. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación del Tribunal Supremo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994. Asimismo, el libro de Gressman, Stren y Shapiro, *Supreme Court Practice*, 6a. ed., Washington, The Bureau of National Affairs, 1986, pp. 188-253, contiene un análisis detallado sobre esta cuestión.

²⁷ El término *percolation* es de difícil e imprecisa traducción, por lo que lo emplearé en inglés. Como se verá, los juristas norteamericanos utilizan ese término para hacer referencia al proceso de experimentación de distintas soluciones y reglas de decisión que se llevan a cabo en los tribunales de distintas jurisdicciones.

²⁸ Sobre las ventajas del proceso de *percolation* véase, entre otros, Hellman, A., “Caseload, Conflicts and Decisional Capacity; Does the Supreme Court Need Help?”, *Judicature*, vol. 67, 1983, pp. 37 y ss. En el mismo sentido, Estreicher, S. y Sexton, J., “A Managerial Theory of the Supreme Court’s Responsibilities: An Empirical Study”, *New York University Law Review*, vol. 59, 1989.

generación de la jurisprudencia. Un precedente por sí solo no define todas las aristas o problemas que existen con relación a una misma cuestión controvertida. Por tanto, el desarrollo de la jurisprudencia requiere que todos los tribunales intermedios vayan, a través de sus sentencias, abordando sistemáticamente estos problemas. Lo relevante, en términos del papel de la Corte, es que ésta se encarga de vigilar que el proceso siga la dirección que marcó con su sentencia. Ello lo hace de muchas maneras: resolviendo conflictos de criterios de interpretación entre tribunales intermedios, corrigiendo la forma en que algún tribunal está utilizando sus precedentes, o bien, simplemente, aclarando o reformulando los puntos controvertidos de su jurisprudencia.²⁹ De hecho, es posible sostener que, dado el carácter discrecional con el que el tribunal supremo ejerce su jurisdicción de apelación, cada vez que garantiza el *certiorari* en casos que abordan cuestiones sobre las cuales ya se pronunció previamente, es porque considera necesario aclarar, desarrollar o, inclusive, modificar la jurisprudencia vinculante.³⁰

En suma, el liderazgo del tribunal supremo norteamericano en la configuración del derecho de creación judicial y, en concreto, de la jurisprudencia constitucional, lo ejerce utilizando estratégicamente su posición en el organigrama judicial. Por un lado, elige los temas en los que es central su intervención y, a la vez, monitorea el impacto de sus precedentes en las decisiones de los tribunales con jurisdicción de apelación y vuelve a intervenir cuando es necesario aclarar, uniformar criterios o modificar la doctrina. Sin embargo, en todos los casos, el desarrollo de la jurisprudencia constitucional vinculante es un *proceso colectivo* que involucra

²⁹ Sobre las distintas maneras en que el Tribunal Supremo interviene en la configuración de la jurisprudencia constitucional, véase Magaloni Kerpel, Ana Laura, *op. cit.*, nota 18, pp. 177-191.

³⁰ El ritmo al que interviene el Tribunal Supremo en la elaboración de la jurisprudencia constitucional depende, en gran medida, de la experiencia judicial que se vaya generando en los distintos circuitos jurisdiccionales y de los factores sociales y políticos que rodean a cualquier controversia constitucional. El Tribunal, por lo general, antes de volver a tomar un caso en determinada materia, y continuar así el proceso de elaboración de la jurisprudencia constitucional, esperará a tener una adecuada perspectiva respecto del impacto que tuvo su primer precedente en las decisiones de los tribunales inferiores, en el auditorio jurídico y en el debate público. Ello le permite conocer otras aristas del problema que encierra la cuestión constitucional y que no fueron vistas en su primera decisión, así como determinar el momento político oportuno para resolver un nuevo asunto en la materia y continuar elaborando, por tanto, la cadena de precedentes.

tanto el liderazgo de la Corte Suprema como la labor de todos los tribunales intermedios.³¹

En el caso de México, la Suprema Corte ha dejado de participar en el desarrollo de la jurisprudencia de los tribunales colegiados. Salvo que se trate de una contradicción de tesis entre tribunales colegiados, la Corte ha ido desdibujando toda relación con los tribunales federales. Parece ser que nuestro máximo tribunal no se ha percatado de que el proceso de elaboración de la jurisprudencia constitucional y, en particular, la que tiene que ver con los derechos fundamentales, es un proceso colectivo y casuístico, que involucra a todos tribunales colegiados, pero que, como tal, exige de su liderazgo permanente.

Un claro reflejo de cómo la Suprema Corte no desempeña dicho liderazgo son las políticas que ha seguido el Pleno con relación al ejercicio de su facultad para expedir acuerdos generales a la que se refiere el artículo 94 de la Constitución. Dicha facultad le permite a la Corte descongestionar su carga de trabajo remitiendo determinados asuntos —los que ésta quiera— a los tribunales colegiados. En algún sentido, se puede sostener que la remisión de casos a los tribunales colegiados tiene una analogía también con *writ of certiorari* de la Corte norteamericana, en el sentido de que, en ambos casos, la Corte en cuestión puede elegir los casos y los temas que merecen su atención, y dejar que los demás asuntos los resuelvan en forma definitiva los tribunales intermedios. Sin embargo, la forma en que ambos tribunales han ejercido dicho poder discrecional es diametralmente distinta.

Mientras que en Estados Unidos, como señalé, la Corte elige casos en función de los temas que define como relevantes y la manera como considera debe desarrollarse la jurisprudencia, la Corte mexicana, en cambio, elige tipos de asuntos, sin importar la relevancia de la cuestión constitucional que plantean (ejemplo, acciones de inconstitucionalidad, amparos contra leyes fiscales). A través de los referidos acuerdos generales, la

³¹ R. Posner ha destacado esta naturaleza colectiva en la que los tribunales con jurisdicción de apelación desarrollan el derecho en los siguientes términos: “El sistema de *stare decisis* revela otra faceta de la naturaleza colectiva de la actividad jurisdiccional. El juez de apelación no sólo opera en un órgano colegiado, sino además forma parte de una comunidad de jueces, que comprende tanto a los jueces que le precedieron como a los propios jueces actuales. La actividad jurisdiccional es colectiva en un sentido profundo, y la relevancia de los valores institucionales en tal escenario debería ser de suyo evidente”. *The Federal Courts. Crisis and Reform*, Massachusetts, Harvard University Press, 1990, p. 258.

Corte remite a los tribunales colegiados los asuntos que no entren dentro de dicha tipología (ejemplo, amparos contra leyes y reglamentos locales o asuntos en donde ya se haya establecido jurisprudencia).

Esta diferencia entre la Corte norteamericana y la mexicana no es trivial. La primera elige casos para definir las directrices y el proceso de generación de la jurisprudencia constitucional vinculante, mientras que la segunda expide acuerdos generales con la única finalidad de descongestionar su carga de trabajo. No existe, en el caso de México, una visión estratégica para elegir casos en función de la relevancia de la cuestión constitucional controvertida ni del impacto de la misma en el desarrollo de la jurisprudencia constitucional.³²

Tampoco existe en el caso de la Suprema Corte mexicana una clara concepción de que el desarrollo de la jurisprudencia constitucional es un proceso casuístico y colectivo. Basta con que el Pleno o las salas hayan establecido jurisprudencia, para que los asuntos sean remitidos a los tribunales colegiados. Con ello, la Corte abandona la posibilidad de ir desarrollando, modificando o corrigiendo su propia jurisprudencia.

Todo ello refleja la forma en que la actual Suprema Corte concibe su papel y su función. Al igual que el legislador negativo de Kelsen, la Corte mexicana parece concebir su función central en términos de un órgano especializado en la pacificación de conflictos políticos, cuyas intervenciones permiten la depuración del ordenamiento jurídico y en donde el establecimiento de jurisprudencia constitucional vinculante casi siempre está en un segundo plano. Ello explica por qué la Corte ha hecho muy poco o nada por ordenar el proceso de generación de la jurisprudencia constitucional por parte de los tribunales colegiados, y por qué continúan vigentes jurisprudencias en materia de derechos fundamentales, establecidas durante el régimen político anterior, que prácticamente vacían de contenido sustantivo a los derechos fundamentales y que nadie está dispuesto a revisar y revocar.

Como ya señalé en el apartado anterior, esta desvinculación de la Suprema Corte y el resto de los tribunales tiene un impacto negativo en la construcción jurisprudencial de los derechos constitucionales, pues, a fi-

³² El tipo de asunto no determina la relevancia de la cuestión constitucional controvertida. Así, por ejemplo, pueden existir amparos contra leyes o reglamentos locales que planteen cuestiones constitucionales centrales en materia de derechos fundamentales y, viceversa, pueden existir amparos contra leyes federales completamente irrelevantes en términos del desarrollo de la jurisprudencia constitucional.

nal de cuentas, es a través del control constitucional de la aplicación judicial de la ley, y no del control abstracto, como los derechos fundamentales pueden adquirir plena eficacia.

En suma, si la Suprema Corte quiere ser un instrumento eficaz para la defensa de los derechos fundamentales tiene que modificar sustancialmente la lente a través de la cual observa los casos que resuelve y los que no resuelve, así como rescatar su posición estratégica en el organigrama judicial. Dicho de manera muy simple, la Suprema Corte mexicana tiene que abandonar la idea de que es un órgano jurisdiccional separado del resto de los tribunales, al estilo del modelo europeo, y abocarse de lleno a generar la jurisprudencia constitucional que logre hacer de la Constitución mexicana y, sobre todo, de los derechos fundamentales, normas con plena eficacia jurídica en las acciones de gobierno y en la vida cotidiana de los ciudadanos. En este sentido, la Suprema Corte mexicana tiene que voltear a ver la experiencia del Tribunal Supremo norteamericano y empeñarse menos en ser un tribunal constitucional al estilo europeo. De lo contrario, la Suprema Corte cada vez estará más lejos de ser un instrumento eficaz de defensa de los derechos fundamentales.