

NÚMERO 57

ANA LAURA MAGALONI

La Suprema Corte y el obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional

Importante

Los Documentos de Trabajo del CIDE son una herramienta para fomentar la discusión entre las comunidades académicas. A partir de la difusión, en este formato, de los avances de investigación se busca que los autores puedan recibir comentarios y retroalimentación de sus pares nacionales e internacionales en un estado aún temprano de la investigación.

De acuerdo con esta práctica internacional congruente con el trabajo académico contemporáneo, muchos de estos documentos buscan convertirse posteriormente en una publicación formal, como libro, capítulo de libro o artículo en revista especializada.

DICIEMBRE 2011



www.cide.edu

• D.R. © 2011, Centro de Investigación y Docencia Económicas A.C.
• Carretera México Toluca 3655, Col. Lomas de Santa Fe, 01210,
• Álvaro Obregón, México DF, México.
• www.cide.edu

• Dirección de Publicaciones
• publicaciones@cide.edu
• Tel. 5081 4003

Resumen

Recientemente en nuestro país, dos reformas constitucionales de gran calado —la reforma en derechos humanos y la reforma al juicio de amparo—, así como la dirección emprendida por la Suprema Corte con motivo del inicio de la Décima Época jurisprudencial, sugieren que nuestro máximo tribunal está pasando de un modelo de “legislador negativo” a uno centrado en la protección de los derechos fundamentales.

El argumento central de este trabajo es que esta tarea que se ha propuesto la Corte enfrenta un gran obstáculo: la manera como la Suprema Corte y los tribunales federales definen y publican la jurisprudencia constitucional que vincula a todos los jueces del país. Nuestro sistema de jurisprudencia hace que los jueces y los litigantes se enfrenten a un conjunto de criterios judiciales dispersos y fragmentados. No existen principios comunes que entrelacen las decisiones constitucionales, pues las tesis jurisprudenciales siempre se desvinculan de los razonamientos de las sentencias de las que emanan. Mientras que ello sea así, los ministros tendrán serias dificultades para dotar de contenido a los preceptos materiales de la Constitución como son aquellos que establecen derechos fundamentales. Con ello, su capacidad transformadora de una cultura jurídica autoritaria y su impacto social estarán seriamente mermados.

Para demostrar lo anterior, voy a contrastar el funcionamiento del sistema de precedentes constitucionales de la Corte Suprema norteamericana con el sistema de jurisprudencia constitucional de nuestra Suprema Corte y, a partir de este contraste, analizaré los principales problemas que tiene nuestro sistema para desarrollar el alcance y sentido de los derechos fundamentales.

Abstract

Both two important recent constitutional amendments in Mexico —to human rights and the constitutional guarantee of protection to individuals known as amparo— and the objectives set out by the Supreme Court when initiating the tenth judicial period, suggest that Mexico’s highest court is shifting from the model of the “negative lawmaker” to one focused on protection of civil rights.

The central argument of this paper is that in taking on this task the Supreme Court faces a major obstacle: the way in which both this institution and the federal circuit courts define and publish the constitutional precedents that bind all judges in the country. As a result, judges and attorneys must deal with dispersed and fragmented legal criteria. There are no common principles that link constitutional decisions because published

precedents do not include the reasoning behind the original sentences. As long as this situation continues, justices will face serious difficulties in establishing clear constitutional precedents on civil rights. Failing to change the way in which precedents are published will seriously undermine attempts to transform an authoritarian legal culture and to have a positive social impact.

To substantiate this argument, I will contrast the systems of constitutional precedents of the Supreme Courts of Mexico and the United States and then analyze the main problems faced by the Mexican judicial system in developing the meaning and scope of human rights legislation.

Introducción

Se ha vuelto un lugar común destacar el papel central que debe jugar nuestra Suprema Corte en la protección de los derechos fundamentales. Ello no ha sido siempre así. Como señalé en otro trabajo, después de la reforma constitucional de 1994, prevaleció la visión de que la función principal de la Suprema Corte tenía que ver con la depuración del ordenamiento de las normas generales que violaban la Constitución. El énfasis estuvo puesto en las nuevas atribuciones de la Corte —acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales— que le daban al Pleno la posibilidad de expulsar del ordenamiento las normas violatorias de la Constitución. Con ello, la función de la Suprema Corte de desarrollar la jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales producto, principalmente, de las resoluciones de amparo, pasó a un segundo plano y quedó muy desdibujada.¹

Con el tiempo esta visión de “legislador negativo” ha ido perdiendo fuerza. Como sucedió en la Europa de la segunda posguerra, el modelo de jurisdicción constitucional centrado en el control abstracto de la constitucionalidad de la ley se ha ido modificando hacia un modelo centrado en la protección de derechos. Este cambio de paradigma se ve reflejado, entre otros aspectos, en la aprobación de dos reformas constitucionales de gran calado —la reforma en derechos humanos y la reforma al juicio de amparo— y en el acuerdo general del Pleno del inicio de la jurisprudencia constitucional de la Décima Época.²

La Corte tendrá que sortear varios obstáculos para desempeñar cabalmente esta nueva tarea que se ha propuesto. Entre estos obstáculos, creo que el más importante tiene que ver con la arquitectura argumental de sus sentencias producto de la forma en la que opera la vinculación judicial con la jurisprudencia constitucional.

¹ *¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento de defensa de los derechos fundamentales?*, Documento de Trabajo CIDE-DEJ, número 25, 2007.

² El ministro presidente Juan Silva Meza, en su discurso señaló enfáticamente lo siguiente: “Señoras y señores Ministros, este día nos encontramos de nuevo en un momento histórico, [...] el Acuerdo [de inicio de la Décima Época] que emitimos se funda en la obligación de ajustar nuestro trabajo sustantivo a los requerimientos de la nueva realidad constitucional que en la materia ha sido establecida por una reforma constitucional y legal profunda, que cambia la manera de entender nuestras labores, al grado de que instaura lo que ahora deberá conocerse como el juicio de derechos más que como el juicio de garantías. Los fundamentos de la protección de garantías que generaciones de abogados aprendimos y ejercimos han cambiado de raíz [...]. La interpretación de nuestra Constitución involucrará una visión renovada del régimen de protección de derechos establecidos en la misma y en tratados internacionales de derechos humanos. [...] La reforma exigirá de los juzgadores federales nuevas habilidades, apertura de mente, aprendizaje y actualización constante, sensibilidad y compromiso social renovados. El ejercicio de estas habilidades habrá de ser la característica de la Décima Época que hoy iniciamos con entusiasmo y esperanza. [...]” Versión estenográfica de la sesión pública solemne del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con motivo de la entrada en vigor de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación, celebrada el martes 4 de octubre de 2011, pp. 6-8.

Mi argumento central es el siguiente: la manera como los tribunales federales definen y publican la jurisprudencia constitucional hace que los jueces y los litigantes se enfrenten a un conjunto de criterios judiciales dispersos y fragmentados. No existen principios comunes que entrelacen las decisiones constitucionales, pues las tesis jurisprudenciales siempre se desvinculan de los razonamientos de las sentencias de las que emanan. Mientras que ello sea así, los ministros enfrentarán grandes obstáculos para dotar de contenido a los preceptos más abiertos y axiológicos de la Constitución como son aquellos que establecen derechos fundamentales.

Para demostrar lo anterior es preciso mirar cómo funciona la vinculación judicial a la jurisprudencia constitucional o su equivalente en otras latitudes. Voy a tomar el caso del sistema de precedentes constitucionales de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Con ello no pretendo sugerir que son importables a México las soluciones norteamericanas con respecto a la vinculación judicial a los precedentes constitucionales. Ni siquiera pretendo equiparar los precedentes constitucionales de la Corte Suprema norteamericana con las tesis jurisprudenciales de nuestra Suprema Corte. Mi objetivo es simplemente contrastar cómo funcionan ambos sistemas, el mexicano y el norteamericano, a efecto de poder apreciar en su correcta dimensión la dificultad que entraña para nuestro sistema de jurisprudencia desarrollar el contenido de preceptos axiológicos e indeterminados como son los relativos a los derechos fundamentales.

Este trabajo se divide en cuatro secciones. En la primera, voy a analizar las formas en que se crea y modifica la jurisprudencia constitucional en México y las características formales de dicha jurisprudencia. En la segunda sección voy a analizar cómo funciona el sistema de precedentes constitucionales en Estados Unidos, haciendo especial énfasis en las distintas formas en que la Corte Suprema utiliza sus propios precedentes para ir desarrollando gradualmente y en forma concatenada el sentido y alcance de los derechos fundamentales. En la tercera sección analizaré los principales problemas que se derivan de nuestro sistema de jurisprudencia constitucional y que inhiben el desarrollo jurisprudencial del contenido material de la Constitución. En la última sección elaboraré el apartado de conclusiones.

1. Formas en que se genera la jurisprudencia constitucional en México y características formales de la misma

En México, la Suprema Corte de Justicia (Pleno y Salas) y los Tribunales Colegiados de Circuito están facultados para establecer jurisprudencia vinculante para el resto de los tribunales, estatales y federales, tanto en materia constitucional, como legal federal y local. La Corte, como órgano vértice del Poder Judicial Federal, puede unificar los criterios de interpretación constitucional y legal. Todos los tribunales del país están obligados a seguir su jurisprudencia (art. 192 de la Ley de Amparo). En cambio, tratándose de los Tribunales Colegiados sólo generan jurisprudencia obligatoria hacia los órganos jurisdiccionales, locales y federales, que se encuentran dentro de su jurisdicción territorial o circuito judicial.

En cuanto a las formas de creación de la jurisprudencia constitucional, las leyes en la materia distinguen tres formas en función del tipo de asuntos que le dan origen. En primer término, la jurisprudencia que genera el Pleno de la Corte a partir de las resoluciones de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales. En estos casos, las razones contenidas en los considerandos que fundan los resolutivos de las sentencias serán jurisprudencia obligatoria para todos los tribunales del país, siempre que hayan estado de acuerdo con ellas ocho de los once ministros (art. 105, fracción I, constitucional).

Esta forma de establecer jurisprudencia es similar a la que existen en los tribunales constitucionales europeos. Sin embargo, en el caso de México, las prácticas judiciales han inhibido la operatividad de este sistema. La jurisprudencia del Pleno, producto de controversias y acciones, funciona, en la práctica, como el resto de la jurisprudencia de la Corte y de los Tribunales Colegiados.³

La segunda forma de creación de jurisprudencia es a través de juicios de amparo. En este caso, el carácter vinculante de los criterios de interpretación constitucional se genera por el denominado “sistema de reiteración”, es decir, a través de cinco sentencias ininterrumpidas por otra en contrario. Además, se necesita un número específico de votos a favor en dichas resoluciones: en el caso del Pleno, se necesitan ocho votos de los once

³ En un debate del Pleno de la Suprema Corte, a propósito de una contradicción de tesis entre el TEPJF y la Primera Sala, el ministro Zaldívar hizo notar lo anterior al señalar que: “Este sistema de precedentes lo que hace obligatorios son los razonamientos, las consideraciones. Por alguna práctica que vino a deformar la idea del Legislador y del Constituyente, hemos venido haciendo tesis en materia de Acciones y de Controversias como si se tratara de amparo, quizá para facilitar la comprensión de algunas sentencias, que sobre todo hace tiempo, eran muy voluminosas, pero no porque este sistema, el del artículo 105 requiera la publicación de tesis”. Versión estenográfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 23 de mayo de 2011, en relación a la Contradicción de Tesis 6/2008, entre las sustentadas por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial y la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 25.

ministros; en el caso de las Salas, cuatro de los cinco ministros y, finalmente, tratándose de los Tribunales Colegiados se necesita que exista unanimidad entre los tres magistrados que integran el tribunal (arts. 192 y 193 de la Ley de Amparo)

En tercer término, la jurisprudencia constitucional también se puede generar a través de la resolución de contradicciones de tesis. Este tipo de jurisprudencia también se denomina jurisprudencia por unificación. En este caso no se requiere reiteración ni número específico de votos. El Pleno resuelve las contradicciones de tesis de las salas, y las Salas resuelven las contradicciones de tesis de los Tribunales Colegiados. La reforma constitucional a la Ley de Amparo acaba de crear los denominados “plenos de circuitos”, a través de los cuales los tribunales colegiados de un mismo circuito judicial resolverán colectivamente las contradicciones de tesis. En todo caso, tratándose de contradicciones de tesis, basta con la decisión para que se establezca un criterio de interpretación constitucional vinculante para el resto de los tribunales (art. 107 fracción XIII, constitucional).

Las formas de modificación de la jurisprudencia son iguales a las de su formación. Según el artículo 194 de la Ley de Amparo, la jurisprudencia pierde su carácter vinculante cuando es interrumpida por una ejecutoria en sentido contrario aprobada por ocho ministros, cuando se trata de la jurisprudencia del Pleno; por cuatro ministros en el caso de las Salas y por unanimidad en el caso de los Tribunales Colegiados de Circuito. Para que vuelva a existir una tesis jurisprudencial vinculante se deben seguir las reglas de formación establecidas en los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo.

Más allá de estas distintas formas en las que se genera la jurisprudencia constitucional en México, lo más relevante, en términos de su capacidad para dotar de contenido y garantizar la eficacia de la Constitución, está en la forma en que opera en la práctica judicial el carácter vinculante de la misma. ¿Qué significa que una decisión judicial que resuelve una controversia de carácter constitucional sirva como parámetro normativo en la resolución de otros litigios?

En México, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos o en Europa, las tesis aisladas o jurisprudenciales se extraen de la sentencia que les da origen y se publican en forma separada. En este sentido, los hechos, el razonamiento de la sentencia y el fallo del caso del que emana la jurisprudencia no son información relevante para el juez que la tiene que aplicar a un caso subsiguiente.

Las tesis se componen de tres elementos: rubro, texto y precedente. El rubro, según la propia Suprema Corte, “es el enunciado gramatical que identifica al criterio interpretativo plasmado en la tesis. Tiene por objeto reflejar con toda concreción, congruencia y claridad la esencia de dicho

criterio".⁴ El rubro se parece mucho a una regla general y abstracta. Por su parte, el texto es la justificación o explicación del rubro. Según la Corte, "no es un extracto, ni una síntesis o resumen de la resolución".⁵ El precedente son los datos de identificación de la sentencia o ejecutoria: tipo de asunto, número de expediente, nombre del promovente, fecha de resolución, votación, ponente y secretario.⁶

Esta forma de definir y utilizar la jurisprudencia hace que las tesis se conviertan en un conjunto de criterios jurídicos autónomos e independientes entre sí. A veces, las tesis son utilizadas en forma de reglas generales citando el rubro, otras en cambio, se parecen a un conjunto de criterios jurídicos que apoyan la resolución de un caso concreto. Pero en ningún caso, el tribunal que aplica la jurisprudencia se hace cargo de la estructura argumental y los razonamientos que siguió el tribunal en la sentencia de la que emanó la tesis jurisprudencial.

Todo ello genera al menos dos problemas importantes: 1) la interpretación constitucional se convierte en una fragmentación de sentidos normativos dados por un número amplio de órganos jurisdiccionales (Pleno, Salas y Colegiados), y 2) no existen principios comunes que entrelacen las tesis jurisprudenciales en una misma materia. Con ello, la jurisprudencia constitucional deja de ser un vehículo para que los jueces tengan un sistema de razonamiento colectivo que les permita ir aprendiendo de las experiencias judiciales previas para construir las mejores soluciones jurídicas posibles. Para entender a cabalidad estas problemáticas es preciso contrastarlas con lo que sucede en otros países. En el siguiente apartado analizaremos el caso de los precedentes constitucionales de la Corte Suprema norteamericana.

⁴ *La Jurisprudencia en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1a. reimpresión, agosto de 2003, p. 710.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibid.* p. 711.

2. El sistema de precedentes constitucionales norteamericano y las distintas formas en que la Corte Suprema desarrolla la doctrina constitucional

En Estados Unidos la Constitución, si bien es concebida como la norma más alta del sistema es, al fin de cuentas, una norma más. Como tal, cualquier juez, en cualquier tipo de controversia, puede buscar en sus preceptos las pautas para decidir el asunto que tiene enfrente, siempre que alguna de las partes argumente que el “mejor derecho” para resolver la disputa tiene que buscarse en la norma fundamental y que, además, el juez no encuentre otra solución que, sin violar la Constitución, sirva para resolver la cuestión de derecho que el litigio plantea. En este sentido, la naturaleza de la función jurisdiccional y el proceso de control constitucional formalmente no se diferencian de otros tipos de procesos. Así, una sentencia que utiliza la Constitución para configurar la regla de decisión del caso constituye un precedente constitucional que ha de regir en futuros litigios similares o análogos. Sin embargo, y esto es lo importante, la fuerza normativa de un precedente constitucional no se determina con relación a la norma inferior inaplicada, sino a partir de los hechos que dieron origen a la controversia constitucional.⁷

Es importante advertir que el valor de precedente de una sentencia, de cualquier tipo, no se puede conocer *a priori* a sus futuras aplicaciones. Existen distintas formas para determinar la regla que establece un precedente y el tribunal posterior siempre cuenta con un margen de libertad para elegir el método y la forma para hacerlo. Ello dota al derecho de creación judicial de un dinamismo muy particular: las reglas cambian, se redefinen y se transforman a lo largo de los procesos de aplicación.

Rebasa el objetivo de este trabajo analizar cómo opera la dinámica del sistema de precedentes constitucionales en Estados Unidos. Ello lo hice en otro trabajo.⁸ Lo que quiero destacar ahora, pues es lo que permite ver las fracturas de nuestro sistema de jurisprudencia constitucional, es que una de las características centrales del sistema de precedentes en Estados Unidos es que ninguna decisión judicial permanece aislada. Toda sentencia con valor de precedente que interpreta y aplica la Constitución 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 norteamericana. El éxito de

⁷ Al respecto, véase mi trabajo, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGrawHill, Madrid, 2001, p. 72 y ss.

⁸ *Ibidem*

este proceso radica en la consistencia del tribunal, es decir, en la forma en que logra entrelazar las distintas decisiones judiciales, de tal manera que todas ellas, en conjunto, definen el alcance y sentido del derecho en cuestión.

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 debe continuar en forma consistente la “historia” de la secuencia de decisiones previas.⁹ En este sentido, 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 similares. La jurisprudencia o doctrina 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 de un derecho fundamental en cuestión, así como del alcance de la protección constitucional en cada caso.

Para comprender cómo funciona este proceso, vale la pena analizar las distintas maneras como la Corte Suprema puede desarrollar el sentido de los preceptos constitucionales. Una forma de hacerlo, es a partir de lo que considero son las dos caras de la doctrina del precedente: la maximalista y la minimalista.¹⁰ Cada una de estas caras establece un modelo teórico para concebir el poder de crear derecho de los tribunales y el carácter vinculante de los precedentes. Ambas concepciones coexisten simultáneamente en la práctica judicial de los tribunales norteamericanos, esto es, existen decisiones judiciales que se apoyan en una u otra concepción. Además, esta confrontación constante de posturas antagónicas, que se observan tanto en la actividad de los tribunales como en la discusión académica, es una consecuencia o manifestación de las fuerzas contrapuestas que rigen el movimiento del *case law*: continuidad v. cambio.

El minimalismo apuesta por la flexibilidad, dinamismo y capacidad de adaptación del derecho de creación judicial. Por ello defienden la casuística, es decir, el desarrollo del derecho caso por caso. Para esta postura, la regla del precedente se confecciona para el caso del que emana (*result-stare-decisis*). La aplicación de un precedente a un caso posterior, desde esta perspectiva, se rige fundamentalmente por las técnicas del razonamiento analógico: el tribunal compara el patrón de hechos del asunto que resuelve y aquél del que emana el precedente y determina si son o no relevantes, en

⁹ *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986, pp. 228-232.

¹⁰ Al respecto, véase, K. Llewellyn, *The Brambel Bush. On Our Law and its Study*, Oceana Publications, Nueva York, 9ª reimpresión, 1991, pp. 74-76.

términos del principio de igualdad, las diferencias entre ambos asuntos. Si estima que las diferencias no justifican un trato diferenciado, *extiende* la regla del precedente al caso que resuelve y si, por el contrario, estima que las diferencias son relevantes, *distingue* la regla y configura una nueva para resolver el caso.¹¹

A través de decisiones minimalistas, la Corte Suprema norteamericana busca evitar resolver la cuestión constitucional controvertida de forma general para que, por un lado, los tribunales inferiores vayan resolviéndola caso por caso y, por el otro, los actores políticos, por medio de un proceso de deliberación democrática, logren alcanzar soluciones socialmente aceptables. En este sentido, la opción por una decisión minimalista indica que la Corte no está preparada para dar una respuesta definitiva a la controversia constitucional y que, por tanto, prefiere que la cuestión permanezca abierta al debate político y jurídico. El minimalismo parte de la premisa de que cualquier regla general y abstracta es prematura y que puede tener impacto negativo si se aplica sin tomar en cuenta las circunstancias particulares de la controversia. Por ello, los precedentes minimalistas dejan un espacio de discrecionalidad amplio para que el tribunal posterior valore el impacto de la regla y decida si la aplica o distingue para el asunto que resuelve.¹²

La doctrina constitucional con relación al derecho de los extranjeros que residen legalmente en Estados Unidos a trabajar en el sector público (*public employment rights of aliens*) constituye un buen ejemplo de cómo opera la dinámica de los precedentes minimalistas. En el asunto de *Sugarman v. Dougall* (413 U.S. 634, 1973), la Corte Suprema estimó la inconstitucionalidad de la ley de Nueva York que excluía a los residentes legales de la posibilidad de presentar exámenes de oposición para acceder a cualquier tipo de posición en el sector público. La Corte estimó que dicha ley era demasiado genérica; el excluir a los residentes legales, de forma amplia y sin distinciones, respecto de todo tipo de empleo público, violaba el principio de igualdad de la Décima Cuarta Enmienda. Según la Corte, la preferencia de ciudadanos norteamericanos respecto de los residentes extranjeros sólo se justifica en aquellos puestos de elección popular, en trabajos “no electivos” pero que implican formulación, ejecución o revisión de políticas públicas o en cualquier empleo que tuviese que ver con el “corazón del gobierno representativo.”¹³

Sugarman es una decisión minimalista en dos sentidos: en primer término, porque la Corte no establece una regla general que impida al Congreso aprobar cualquier ley que limite el derecho al trabajo en el sector público de los residentes extranjeros, por el contrario, la Corte establece un estándar lo suficientemente amplio como para que, a través del debate legislativo, se

¹¹ Al respecto véase: M. Eisemberg, *The Nature of Common Law*, Harvard University Press, Massachusetts, 1988, pp. 6-8. En el mismo sentido, F. Schauer, “Is Common Law Law?”, *California Law Review*, vol. 60, 1989, p. 457.

¹² Véase C. Susteín, “Leaving Things Undecided”, *Harvard Law Review*, vol. 110, 1996, pp. 7 y ss.

¹³ 431 US 634, 1973, p. 647.

establezcan distinciones entre ciudadanos y residentes en este respecto siempre que dichas distinciones tengan que ver con puestos de elección popular, trabajos que impliquen formulación, ejecución o revisión de políticas públicas o en cualquier empleo que tuviese que ver con el corazón del gobierno representativo.

En segundo término, y sobre todo, Sugarman es una decisión minimalista porque abre las puertas para que a través de la casuística judicial, y a la luz de las circunstancias fácticas de cada litigio, se valore si el caso concreto entra o no dentro de los estándares que definió el máximo tribunal.

Esta decisión de la Corte dio lugar a que la doctrina constitucional se desarrollara a partir de los presupuestos metodológicos de la casuística. Así, en *Foly v. Connelie* (435 U.S. 291, 1978), la Corte desestimó la inconstitucionalidad de la ley de Nueva York que limitaba a los ciudadanos norteamericanos la posibilidad de acceder a la posición de policía del Estado. Después, en *Cabell v. Cavez-Salido* (454 U.S. 432, 1981) la Corte estableció que la ley de California que requería que fuesen ciudadanos aquellas personas que desempeñaban el cargo de “oficial de paz” no violaba el principio de igualdad constitucional. En ambos asuntos, el máximo tribunal señaló que se trataba de trabajos que entraban dentro del estándar establecido en Sugarman, pues ambos tipos de empleo entrañan funciones de ejecución de políticas públicas. En cambio, en *Nyquist v. Mauclet* (432 U.S. 1, 1977) estimó la inconstitucionalidad de la ley de Nueva York que limitaba a los ciudadanos la solicitud de ayuda financiera para realizar estudios universitarios. La Corte expresamente señaló que, la referida ley no entraba dentro del estándar establecido en Sugarman: “a pesar de que se puede impedir que un extranjero se involucre completamente en la arena política, éste puede jugar un papel, o posiblemente desempeñar un liderazgo, en otras áreas importantes para la colectividad. El Estado no sufre ningún daño al proveer a los residentes extranjeros de las mismas oportunidades educativas que ofrece a los demás ciudadanos”.¹⁴ En el mismo sentido, la Corte, en el asunto *In re Griffiths* (413 U.S. 717, 1972), estimó la inconstitucionalidad de la ley de Connecticut que impedía que los residentes extranjeros que eran abogados presentaran el examen público que los autorizaba a litigar en los tribunales del Estado. Según el máximo tribunal los abogados litigantes no son empleados públicos y, aunque desempeñan una función importante en la ejecución de la ley, no pueden entrar dentro del estándar de Sugarman.

Como se puede apreciar, una decisión constitucional minimalista opera con flexibilidad y dinamismo en la resolución de casos análogos o similares. Las decisiones judiciales posteriores, caso por caso, y a la luz de las circunstancias fácticas de cada litigio, pondrán a prueba la idoneidad de la regla del precedente e irán definiendo su alcance y sus limitaciones. Lo

¹⁴ 432 U.S. 1, 1977, p. 12.

relevante de este proceso es que, a pesar de la flexibilidad y dinamismo de la casuística, con el paso del tiempo, si los tribunales son consistentes, existirá una serie de decisiones judiciales entrelazadas por un principio común que las unifica.¹⁵

A diferencia del minimalismo, para la teoría maximalista la regla que establece el precedente se configura para una clase completa de asuntos. El caso concreto del que emana esa regla sólo sirve para ilustrar una de sus múltiples aplicaciones. El juez vinculado al precedente, desde la perspectiva maximalista, tiene que aplicar la regla, a partir de procesos deductivos, a cualquier asunto que esté comprendido por la misma. El principio de trato igualitario queda garantizado por la generalidad de la regla, no por el razonamiento analógico como sucede en el caso del minimalismo. Los asuntos que no están comprendidos dentro del supuesto de la regla están fuera, por decirlo de algún modo, de la fuerza normativa del precedente. Para esta teoría, el uso de la técnica de la distinción significa revocar el precedente.¹⁶

A través de decisiones maximalistas, la Corte Suprema busca reducir el ámbito de discrecionalidad de los jueces inferiores y propiciar certeza jurídica a los actores sociales, a los otros poderes y a los potenciales litigantes. Además, en muchos casos, el maximalismo cierra las puertas al debate político y busca corregir las irregularidades o fallas del propio sistema democrático.¹⁷ Es de esperar, por tanto, que una decisión maximalista, en virtud de la vinculación judicial a los precedentes de la Corte Suprema, sea aplicada a una clase completa de asuntos y sea extendida a casos análogos o similares. La jurisprudencia constitucional adquiere estabilidad si las decisiones judiciales posteriores aplican y extienden consistentemente la regla abstracta y general, quedando entrelazadas por los principios que subyacen a la regla.¹⁸

La doctrina de la Corte Suprema en materia de igualdad racial constituye el prototipo ideal de la dinámica de los precedentes maximalistas. La decisión que marca el desarrollo de la doctrina es precisamente el conocido caso de *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 433, 1954), el cual, como es sabido, establece que viola el principio de igualdad de la Décimo Cuarta Enmienda: la segregación racial en las escuelas públicas. Con esta sentencia se comienza a gestar la nueva doctrina constitucional en materia de igualdad de razas que sustituiría a la de "separados pero iguales" (*Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 1896). Existen algunas decisiones previas a *Brown* que comienzan a anunciar

¹⁵ Sobre la metodología de la casuística, véase, entre otros: R. Pound, "What of Stare Decisis", *Fordham Law Review*, vol. 10, 1941, p. 5 y ss., y sobre el minimalismo como método para desarrollar la doctrina constitucional véase: K. Sullivan, "The Justices of Rules and Standards", *Harvard Law Review*, vol. 106, 1992, p. 24 y ss., y L. Meyer, "Nothing We Say Matters: Teague and New Rules", *The University of Chicago Law Review*, vol. 61, 1994, p. 424 y ss.

¹⁶ Véase, M. Eisenberg, "The Nature of Common Law", *op. cit.* 6-7.

¹⁷ C. Sunstein, "Leaving Things Undecided", *op. cit.* pp. 40-43.

¹⁸ Véase: F. Schauer, "Rules and the Rule of Law", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 14, 1991, p. 646 y ss., y A. Scalia, "The Rule of Law as a Law of Rules", *The University of Chicago Law Review*, vol. 56, 1989, p. 1175 y ss.

dicho cambio de la doctrina. En concreto, en *Sweatt v. Painter* (339 U.S. 629, 1949), la Corte estimó que era violatorio del principio de igualdad constitucional el hecho de que en las facultades de Derecho “para blancos” y “para negros” de la Universidad del Estado de Texas existiesen diferencias tan importantes en cuanto a infraestructura, número de profesores, bibliotecas, alumnos admitidos a la barra de abogados, etcétera. La Corte concluye que ello significa que negros y blancos no están teniendo las mismas oportunidades educativas y que el gobierno del Estado de Texas está discriminando a los estudiantes negros. Sin embargo, en *Brown* el máximo tribunal cambia de perspectiva. Ya no intenta analizar los factores tangibles del sistema educativo que hacían que los negros y blancos no fueran de facto “iguales”. Esta vez aborda propiamente la cuestión constitucional de si el sistema de la segregación racial en las escuelas era, en sí mismo, violatorio del principio de igualdad de la Constitución. Y concluye que: “en el área de la educación pública la doctrina de ‘separados pero iguales’ ya no tiene lugar. La separación de las instituciones educativas es inherentemente inequitativa.”¹⁹

Con esta sentencia se inicia una verdadera revolución jurídica en cuestiones de igualdad racial. El desarrollo de la doctrina constitucional en esta materia operó a partir del denominado “modelo lineal”, es decir, la regla general de *Brown* fue aplicada y extendida consistentemente en distintos ámbitos: baños públicos y playas (350 U.S. 877, 1955), campos de golf y parques (358 U.S. 54, 1958), autobuses públicos (352 U.S. 903, 1956), auditorios municipales (375 U.S. 395, 1964)), entre otros.

Por otra parte, la doctrina generada a partir de *Brown* atrajo a la Corte Suprema un importante número de asuntos que planteaban otros aspectos de la discriminación racial. En concreto, llegaron al máximo tribunal casos que cuestionaban la constitucionalidad de leyes que, a pesar de tratar con las mismas cargas a negros y a blancos, buscaban hostigar a una minoría racial. Así, en *Anderson v. Martin* (375 U.S. 399, 1964), la Corte estima la inconstitucionalidad de una ley de Louisiana que requería que los candidatos políticos indicaran su raza en las boletas electorales. También en el caso de *McLaughlin v. Florida* (379 U.S. 184, 1964), establece la inconstitucionalidad de la ley de Florida que prohibía que parejas interraciales no casadas vivieran juntas. En el mismo sentido, en *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967), la Corte declara inconstitucional la ley del estado de Virginia que penalizaba a quienes contraían matrimonio con una persona de raza distinta.

La característica común entre estos casos fue que se trataba de leyes que no establecían un trato distinto entre negros y blancos, pero reflejaban una clara intención racista y discriminatoria. Según la Corte Suprema, el principio de igualdad de la Décimo Cuarta Enmienda busca eliminar cualquier forma de discriminación racial por parte del Estado. En este sentido, los casos antes

¹⁹ 347 U.S. 433, 1954, p. 495.

señalados son una continuación de la doctrina de *Brown*, aunque por tratarse de asuntos que planteaban un problema distinto de aquellos propios del sistema de segregación racial, el precedente de *Brown* no constituyó el fundamento jurídico de estas decisiones.

A partir de esta serie de sentencias, que van desde los casos relativos a la segregación racial hasta las leyes que esconden intenciones discriminatorias, la Corte dejó claramente establecido que cualquier ley que utilice alguna raza como criterio de clasificación o que propicie o aliente alguna forma de segregación racial debe estar sujeta a la más estricta revisión constitucional (*strict scrutiny*). Lo cual significa que para que una ley “apruebe el test de la constitucionalidad” el gobierno debe demostrar que existe un interés legítimo en tal legislación y que además los medios elegidos para alcanzarlo son los adecuados. En la práctica, el denominado *strict scrutiny* funciona casi como una presunción de inconstitucionalidad de la ley en cuestión. Cabe destacar que, las sentencias antes señaladas son fundamentalmente maximalistas y que la doctrina constitucional se desarrolló en forma consistente y en concordancia con los presupuestos del modelo jurisdiccional que se propone el maximalismo.

Ahora bien, estos dos modelos de desarrollo de la doctrina constitucional que caracterizan al minimalismo y el maximalismo no siempre operan con tal precisión. La práctica judicial norteamericana demuestra que los tribunales posteriores reducen o amplían el ámbito normativo de las reglas que establecen los precedentes. Ello tiene que ver con la naturaleza dinámica del derecho de creación judicial. Los precedentes constitucionales deben mantenerse abiertos a incorporar las cambiantes demandas sociales. El *case law* se mueve y se transforma al ritmo del devenir social.²⁰

La transformación del derecho de creación judicial pocas veces significa la revocación expresa de una línea jurisprudencial. La forma en que regularmente suceden los cambios es a través de las técnicas minimalistas de distinguir un precedente. Cuando un tribunal posterior desea reducir el ámbito normativo de una regla maximalista que le vincula, centrará su atención en el patrón de hechos del asunto del que emanó el precedente y del que está resolviendo y, con base en cualquier hecho distinto, elaborará una distinción.

Las decisiones de la Corte Suprema con relación al ejercicio del derecho constitucional de libre expresión en los centros comerciales privados nos pueden servir para ilustrar esta transformación de una regla a través de las técnicas del minimalismo. En *Food Employees v. Logan Plaza* (391 U.S. 308, 1968), la Corte sostuvo que el derecho constitucional de libre expresión protegía las manifestaciones públicas, en un centro comercial, de los miembros de un sindicato. El máximo tribunal argumentó que un centro

²⁰ Sobre los patrones de orden en el movimiento del *case law* véase mi trabajo, “*El precedente constitucional...*”, *op. cit.*, p. 157 y ss.

comercial sirve como un “bloque de negocios de la comunidad”²¹ y que, además, “las personas tienen acceso libre y abierto a tales centros”,²² por lo que, según la Corte, el derecho de libre expresión de los sindicalistas había de prevalecer frente al derecho de propiedad privada establecido en la Quinta y la Décima Cuarta Enmiendas.

Los tribunales inferiores interpretaron la regla de *Food Employees* de forma amplia considerando que cualquier tipo de manifestación pacífica en un centro comercial estaba protegida por el derecho de libre expresión, dado el carácter “público” de dichos centros.

Sin embargo, cuatro años después, la Corte Suprema, en el caso *Llyod Corp v. Tanner* (407 U.S. 551, 1972), decidió que los activistas antiguerra no estaban protegidos por el derecho constitucional de libre expresión cuando se manifestaban en un centro comercial. En este asunto, la Corte estimó que prevalecía el derecho de propiedad. Para justificar su decisión elaboró una distinción respecto de la sentencia de *Food Employees v. Logan Plaza* bajo las técnicas de argumentación minimalista, esto es, a partir del contraste del patrón de hechos de los dos casos. En concreto, la Corte dijo que *Food Employees v. Logan Plaza* se refería a sindicatos y derechos laborales, mientras que *Llyod Corp v. Tanner* se refería a asuntos políticos. La actividad de un centro comercial, según los jueces constitucionales, está más cercana a las cuestiones laborales que a las políticas, lo que justifica el trato distinto entre sindicalistas y activistas antiguerra. Dicho en otros términos, el ámbito normativo de la regla *Food Employees v. Logan Plaza* quedó delimitado por las circunstancias fácticas del tal asunto, lo cual le permitió al máximo tribunal elaborar una nueva regla para decidir en el caso *Llyod Corp v. Tanner*.

El hecho de que la Corte utilizara una perspectiva minimalista para definir la regla del precedente que le vinculaba fue un claro indicador de que se estaba gestando un cambio en la doctrina y que, finalmente, el precedente de *Food Employees v. Logan Plaza* estaba perdiendo autoridad. De hecho, años después, el propio Tribunal, en el asunto de *Hudgens v. NLRB* (424 U.S. 507, 1976), reconoció que *Food Employees v. Logan* había sido tácitamente revocado por *Llyod Corp v. Tanner*.

El hecho de que los precedentes constitucionales puedan ir transformando su contenido en función de los cambios sociales no significa que éste sea un proceso caprichoso. En primer término, existen áreas en las que la doctrina constitucional se ha consolidado y cuenta con un alto grado de aceptación social y que, por tanto, la Corte no la va a alterar, tal es el caso por ejemplo, de la doctrina constitucional en materia de segregación racial antes señalada. La mutabilidad de las reglas constitucionales sólo se da en áreas socialmente controvertidas. Por ejemplo, después de los atentados terroristas del 11 de

²¹ 391 U.S. 308, 1968, p. 316.

²² *Ibidem.*, p. 317.

septiembre, la Corte ha tenido que revisar su doctrina con respecto a los derechos de debido proceso en el contexto de los acusados por terrorismos. En todo caso, la transformación de la doctrina constitucional tiene necesariamente que encontrar un equilibrio entre las voces que reclaman un cambio y aquellas que exigen la continuidad y estabilidad. La legitimidad social del máximo tribunal depende de cuán exitoso sea en encontrar dicho equilibrio.²³

Lo más relevante del sistema de precedentes norteamericano es que la interpretación del texto constitucional no es una fragmentación de sentidos normativos dados por los distintos jueces que en un momento integran el máximo tribunal. La fuerza vinculante de los precedentes constitucionales significa entrelazar y armonizar el pasado con el futuro, de tal modo que los jueces constitucionales adapten el contenido de su jurisprudencia y resuelvan nuevos conflictos haciéndose cargo de lo que dijeron los jueces que los precedieron. Ello hace que la interpretación y la aplicación de la Constitución sea un proceso colectivo e histórico, en el cual convergen las diversas ideologías y posiciones de los miembros que van conformando el máximo tribunal a lo largo del tiempo. En este sentido, el carácter vinculante de los precedentes constitucionales hace que la “realización” de la Constitución a través de la actividad jurisdiccional sea, en último término, un perpetuo ensayo de persuasión, de diálogo y de deliberación entre los jueces que se articula y ordena a través de la dinámica del sistema de precedentes. Nada de ello fuese posible si en Estados Unidos operara un sistema de jurisprudencia como el nuestro.

²³ En este aspecto existe un acuerdo académico pleno. Distintos autores lo expresan de diversas maneras. Véase, entre otros: M. Dorf, “Dicta and Article III”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 142, 1994, p. 1997; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1977, p. 113; H. Winston, “On Treating Like Cases Alike”, *California Law Review*, vol. 62, 1974, p. 1 y ss., y F. Schauer, “Precedent”, *Stanford Law Review*, vol. 39, 1987, p. 595 y ss.

3. Los problemas centrales de la jurisprudencia constitucional en México

El contraste con la forma como se define y opera la jurisprudencia constitucional en México respecto del sistema de precedentes norteamericano es bastante evidente. En primer término, las formas de creación y modificación del derecho de creación judicial de ambos sistemas son verdaderamente diversas. Mientras que en Estados Unidos, cualquier decisión de la Corte Suprema que interprete y aplique la Constitución constituye, en sí misma, un precedente vinculante que los tribunales deben tomar en cuenta para resolver casos similares o análogos.²⁴ En México ello nunca sucede en automático. Como destacamos en la primera parte de este ensayo, tratándose de las sentencias en materia de amparo o en acciones y controversias, para que los criterios de interpretación constitucional tengan fuerza normativa pasan por determinados filtros: mayorías calificadas y reiteración en el caso del amparo. Para el caso de las contradicciones de tesis, el sistema es más simple, pues la sola decisión genera jurisprudencia, pero en este caso la Corte nunca está ante un asunto concreto sino ante dos tesis, abstractas y generales, contradictorias. Todas estas formas de creación tienen la peculiaridad de disociar la labor de los ministros de argumentar y resolver casos de la labor de proveer reglas generales de interpretación constitucional para futuros litigios.

Esta disociación, producto de las formas de creación de la jurisprudencia, hace que ésta deje de desempeñar una de sus funciones centrales: generar un proceso colectivo de aprendizaje y diálogo entre los ministros que permita ir encontrando las mejores soluciones jurídicas para que la Constitución sea una norma eficaz en la vida colectiva.

Lo mismo sucede con los mecanismos de modificación o revocación de la jurisprudencia. Nuestro sistema inhibe la capacidad de los jueces de ir adaptando sus criterios de decisión en función de las nuevas demandas sociales. El hecho de que la modificación de la jurisprudencia siempre requiera mayorías calificadas hace que una pequeña minoría de ministros siempre tengan la última palabra. Los criterios jurisprudenciales dejan de tener la capacidad de adaptación que necesitan para responder a las demandas de justicia de una sociedad cambiante. En Europa y en Estados

²⁴ La fuerza de un precedente constitucional de la Corte Suprema puede variar cuando se trata de decisiones divididas en donde la opinión del Tribunal no alcanza 5 de los 9 votos. Es decir, cuando hay votos concurrentes que apoyan el fallo, pero no la argumentación de la sentencia. Este tipo de sentencias se denominan *plurality opinions*, y su valor de precedente es ampliamente discutido en la academia norteamericana. Al respecto, véase, entre otros: J. Davis y W. Reynolds, "Judicial Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court", *Duke Law Journal*, vol. 59, 1974, p. 59 y ss; L. Novak, "The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions", *Columbia Law Review*, vol. 80, 1989, p. 757, y M. Thurmon, "When Court Divides: Reconsidering the Precedential Value in Supreme Court Plurality Decisions", *Duke Law Journal*, vol. 43, 1992, p. 448 y ss.

Unidos, el derecho de creación judicial es dinámico y ello lo diferencia del resto de las normas generales. En México, hemos intentado hacer un derecho de creación judicial estático que opere de forma similar al resto de las normas generales del sistema. La creatividad argumentativa de la Corte y su posibilidad de innovar y modificar las interpretaciones constitucionales de nuestro pasado autoritario se ven mermadas de manera significativa.

Otra diferencia que salta a la vista respecto a la forma en que opera el sistema de jurisprudencia constitucional en México en contraste con la de Estados Unidos, es que aquí cada tesis funciona de forma aislada y autónoma. En cambio, como vimos, en Estados Unidos los precedentes constitucionales funcionan en forma concatenada y articulada.

En este sentido, cuando en México intentamos definir cuál es el alcance y sentido de un derecho fundamental en específico, nos encontramos con un conjunto de criterios aislados, dispersos y que, en su gran mayoría, son poco sustantivos. Es un hecho que tenemos una jurisprudencia constitucional poco axiológica. Pero, además, aquellas tesis que parecerían hacerse cargo de los valores subyacentes al derecho en cuestión no son muy operativas en un sistema como el nuestro.

Hace algún tiempo elaboré, junto con mi colega Ana María Ibarra, un estudio sobre el desarrollo jurisprudencial del derecho fundamental a contar con una defensa adecuada establecido en el artículo 20 constitucional, fracciones IX y X. Sistematizamos todas las tesis aisladas y jurisprudenciales de la Novena Época. Encontramos 91 tesis que hacían referencia a este derecho, de las cuales 58 eran tesis aisladas y 33 jurisprudenciales. El análisis de dichas tesis nos permitió concluir que la mayor parte de las tesis se concentraban en aspectos formales y no sustantivos del derecho en cuestión, como son la presencia del defensor, cuándo el juez debe proceder a designar el defensor público, quién puede ser defensor, etcétera. Es decir, casi la totalidad de las tesis analizadas se remitían a una interpretación formalista y literal del artículo 20, fracciones IX y X de la Constitución.²⁵

Encontramos una sola tesis jurisprudencial que intentaba hacerse cargo de la calidad de la defensa, que es un valor constitucional a proteger. La Constitución establece el derecho a una defensa "adecuada". ¿Qué significa "adecuada"? Sólo el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, en la tesis jurisprudencial XI.2º.J/11, intentó dar una respuesta a esta cuestión distinguiendo entre la presencia física del defensor y los actos procesales de defensa. Para este tribunal sólo se puede considerar garantizado el derecho a la defensa del artículo 20, fracción IX de la Constitución cuando la presencia del defensor "se traduce en actos procesales que revelen una asistencia técnica y profesional del inculgado".

²⁵ "La configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales. El caso del derecho constitucional a una defensa adecuada", *Cuestiones Constitucionales*, vol. 19, Julio-Diciembre 2008, p. 108 y ss.

¿Cómo podrían evaluar los jueces vinculados a esta jurisprudencia, hasta qué punto los actos procesales de la defensa revelan una “asistencia técnica profesional del inculpado”? Está claro que para ir dotando de contenido a este estándar que estableció el referido Tribunal Colegiado se requeriría un proceso casuístico, concatenado y consistente de decisiones posteriores. Eso que vimos que sucede en Estados Unidos con las decisiones minimalistas. Este proceso permitiría que, a partir de las circunstancias fácticas de cada caso, los tribunales fuesen determinando qué características debe tener una “asistencia técnica profesional” y cuándo no se satisface dicho estándar.²⁶

Sin embargo, el hecho de que nuestro sistema de tesis de jurisprudencia constitucional no permita un desarrollo concatenado de la jurisprudencia hace que, en la práctica, un criterio sustancialista y prometedor como el antes citado sea difícil de aplicar y operar en términos jurisdiccionales. La fragmentación de nuestra jurisprudencia constitucional en tesis que no guardan ninguna relación entre sí imposibilita el desarrollo jurisprudencial de los preceptos materiales de la Constitución. En franco contraste, las tesis textualistas y formalistas, que por su propio contenido no requieren de un desarrollo jurisprudencial casuístico y concatenado, son fácilmente operables y aplicables por los jueces inferiores. En este sentido es posible que una tesis formalista tenga mayor impacto en las decisiones de jueces posteriores que uno sustancialista y axiológico. O dicho de otra manera, nuestro sistema de jurisprudencia inhibe una argumentación constitucional sustancialista y axiológica, lo cual es una gran paradoja, pues sólo una argumentación de este tipo se puede hacer cargo de los valores y principios propios de una democracia constitucional y del desarrollo jurisprudencial de los derechos fundamentales.

La obsolescencia de nuestro sistema de jurisprudencia sólo es una parte de un problema mayor: la imposibilidad que enfrenta nuestro aparato de justicia, pero particularmente la Suprema Corte, para transformar el discurso jurídico autoritario y hacer que la Constitución sea una norma verdaderamente eficaz en la vida colectiva de los ciudadanos. Uno de los aspectos más sobresalientes de los tribunales constitucionales europeos de la segunda posguerra es que pudieron articular un nuevo discurso jurídico, distinto de la típica retórica judicial formalista, que se hizo cargo de los valores y principios que definen a una democracia constitucional. Ese nuevo ropaje argumental de las sentencias de los tribunales constitucionales fue permeando a la actividad jurisdiccional de los jueces ordinarios. Ello fue posible porque en Europa los jueces ordinarios están vinculados a los razonamientos de las sentencias de los tribunales constitucionales. En este sentido, la arquitectura argumental de las sentencias de los tribunales constitucionales constituyó un vehículo poderoso para que la dimensión axiológica y valorativa propia de una Constitución

²⁶ *Ibid.*, pp. 126-129.

tuviese eficacia en la jurisdicción ordinaria y, a través de ésta, en la vida ordinaria de los ciudadanos.

El sistema de jurisprudencia constitucional mexicano hace prácticamente irrelevante la calidad argumentativa de las sentencias de la Corte. Los ministros no tienen incentivos para dedicarle todo el tiempo que requiere la construcción argumental de una buena sentencia. Por una parte, la atención mediática en la Corte está puesta en su proceso de deliberación, el cual es público y televisado²⁷ y, por la otra, los jueces y litigantes sólo tienen que conocer las tesis aisladas y jurisprudenciales. ¿Quién lee las sentencias de la Corte? ¿Por qué prestarles atención? ¿Para quién puede ser relevante analizar los votos particulares de los ministros? El sistema de jurisprudencia incentiva a que pasen a un segundo término las sentencias del máximo tribunal. La gran paradoja de ello es que, la experiencia de la justicia constitucional en el mundo indica que la fuerza de los tribunales, su capacidad transformadora y su legitimidad social se construyen desde la potencia persuasiva de sus argumentos y sus razones expresadas a través de sus sentencias. Por ello, estoy convencida de que la mayor debilidad de nuestro máximo tribunal, en términos de su impacto y legitimidad social, está en el viejo y obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional.

²⁷ Sobre los problemas que el proceso de deliberación del Pleno de la Corte sea público y televisado véase: Carlos Elizondo y Ana Laura Magaloni, *La forma es fondo, Cómo se nombran y cómo deciden los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Documento de Trabajo, CIDE, DTEJ-43, 2009.

Conclusiones

Desde la reforma constitucional de 1994, nuestra Suprema Corte se había identificado con el paradigma del “legislador negativo” propio de los primeros tribunales constitucionales europeos de principios del siglo XX. No obstante, recientes reformas constitucionales de gran calado, como la reforma en derechos humanos y la reforma en materia de amparo, así como el acuerdo de los ministros de dar inicio de la “Décima Época” de la jurisprudencia constitucional, apuntan hacia un cambio de dirección: la Suprema Corte como instrumento de defensa de derechos fundamentales, es decir, una Corte al servicio de los ciudadanos.

Sin embargo, como analizamos en este artículo, dicha tarea se enfrenta a un obstáculo mayúsculo: la arquitectura argumental de las sentencias del máximo tribunal inherente a la forma en que opera la vinculación judicial a la jurisprudencia constitucional.

Como destacamos, en México, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, las tesis aisladas o jurisprudenciales se extraen de la sentencia que las origina y se publican en forma separada. Así, las tesis se convierten en un conjunto de criterios jurídicos autónomos e independientes entre sí. Los hechos, el razonamiento de la sentencia y el fallo del caso del que emana la jurisprudencia no son información relevante para los operadores del sistema.

¿Qué consecuencias tiene que la jurisprudencia se desvincule de la sentencia que le dio origen? Analizando el caso del sistema de precedentes norteamericano y la manera como la Corte Suprema de ese país desarrolla la doctrina constitucional en materia de derechos fundamentales, pudimos constatar que toda decisión constitucional con valor de precedente forma parte de un cuerpo concatenado de reglas de creación judicial. Este proceso gradual y concatenado constituye un mecanismo central para que la Corte norteamericana pueda desarrollar el sentido axiológico de la Constitución y materializarlo en casos concretos. El alto grado de indeterminación de los preceptos materiales de la Constitución sólo puede limitarse y concretarse a lo largo de una serie de decisiones que guarden consistencia entre sí. Una decisión aislada no puede hacerlo por sí sola. Además, este razonamiento concatenado de decisiones judiciales hace que la discusión en torno al sentido de la Constitución sea una discusión colectiva y dinámica, que involucra a los jueces del pasado y del presente.

En el caso de México, como vimos, la forma en que se genera y modifica la jurisprudencia inhibe por completo el proceso concatenado de las decisiones constitucionales. Las tesis aisladas y jurisprudenciales operan en forma autónoma y aislada: no se vinculan con la sentencia que les da origen ni tampoco se relacionan entre sí. Ello provoca que la interpretación constitucional se convierta en una fragmentación de sentidos normativos

dados por un número amplio de órganos jurisdiccionales. También provoca que el contenido de la jurisprudencia constitucional sea altamente formalista. Los criterios sustantivos requieren de una metodología distinta para ser operativos.

Todo ello debilita a la Suprema Corte. La experiencia de otros países indica que la fuerza de los tribunales y su capacidad transformadora se construyen desde la potencia persuasiva de sus argumentos y razones expresados en sus sentencias.

Nuestra Corte no podrá tener el impacto que han tenido otros tribunales constitucionales en el mundo para hacer de la Constitución una norma eficaz en la vida ordinaria de los ciudadanos mientras siga operando el viejo y obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional.

Bibliografía

- Davis, J. y Reynolds W., "Judicial Cripples: Plurality Opinions en the Supreme Court", *Duke Law Journal*, vol. 59 (1974).
- Dorf, M., "Dicta and Article III", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 142 (1994).
- Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts (1977).
- _____, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, (1986).
- Eisemberg, M., *The Nature of Common Law*, Harvard University Press, Massachusetts, (1988).
- Elizondo, C. y Magaloni Ana Laura, *La forma es fondo. Cómo se nombran y cómo deciden los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, CIDE, DTEJ- 43, (2009).
- La Jurisprudencia en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1ª reimpresión, agosto, (2003).
- Llewellyn, K., *The Brambel Bush. On Our Law and its Study*, Oceana Publications, Nueva York, 9ª reimpresión, (1991).
- Magaloni, Ana Laura, *¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento de defensa de los derechos fundamentales?*, CIDE, DTEJ-25, (2007).
- _____, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGrawHill, Madrid, (2001).
- Magaloni, Ana Laura e Ibarra Olguín Ana María, "La configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales. El caso del derecho constitucional a una defensa adecuada", *Cuestiones Constitucionales*, vol. 19, Julio-Diciembre (2008).
- Meyer, L., "Nothing We Say Matters: Teague and New Rules", *The University of Chicago Law Review*, vol. 61 (1994).
- Novak, L., "The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions", *Columbia Law Review*, vol. 80 (1989).
- Pound, R., "What of Stare Decisis", *Fordham Law Review*, vol. 10 (1941).
- Schauer, F., "Is Common Law Law?", *California Law Review*, vol. 60 (1989).
- _____, "Precedent", *Stanford Law Review*, vol. 39 (1987).
- Sullivan, K., "The Justices of Rules and Standards", *Harvard Law Review*, vol. 106 (1992).
- Sustein, C., "Leaving Things Undecided", *Harvard Law Review*, vol. 110 (1996).
- Thurmon, M., "When Court Divides: Reconsidering the Precedential Value in Supreme Court Plurality Decisions", *Duke Law Journal*, vol. 43 (1992).
- Versión estenográfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 23 de mayo de 2011, en relación a la Contradicción de Tesis 6/2008, entre las sustentadas por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial y la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Versión estenográfica de la sesión pública solemne del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con motivo de la entrada en vigor de la Décima Época

del Seminario Judicial de la Federación, celebrada el martes 4 de octubre de 2011.

Winston, H., "On Treating Like Cases Alike", *California Law Review*, vol. 62 (1974).

Novedades

DIVISIÓN DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

- Ma. Amparo Casar, *Representation and Decision Making in the Mexican Congress*, DTAP-258
- Guillermo Cejudo y Dirk Zavala, *Procesos y prácticas del acceso a la información: un ejercicio de usuario simulado*, DTAP-257
- Ernesto Flores-Roux y Judith Mariscal, *The Development of Mobile Money Systems*, DTAP-256
- David Arellano *et al.*, *Control de los conflictos de interés*, DTAP-255
- David Arellano, Víctor Figueras y Walter Lepore, *Política de tránsito en el DF de México: una introducción a su estudio empírico*, DTAP-254
- Sergio Cárdenas y Maximiliano Cárdenas, *La participación del poder legislativo en la definición de la política educativa en México*, DTAP-253
- Sergio Cárdenas, *Administración centrada en la escuela*, DTAP-252
- Joanna D. Lucio, Edgar Ramírez y Sergio Cárdenas, *¿Libertad para quién? El efecto de comunidades cerradas en el espacio urbano*, DTAP-251
- Edgar E. Ramírez, *Land Development Permitting*, DTAP-250
- Rodrigo Sandoval-Almazán, Luis F. Luna-Reyes y J. Ramón Gil-García, *Índice de Gobierno Electrónico Estatal: La medición 2009*, DTAP-249

DIVISIÓN DE ECONOMÍA

- Rafael Garduño-Rivera and Esteban Fernández-Vázquez, *Ecological Inference with Entropy Econometrics: Using the Mexican Census as a Benchmark*, DTE-511
- Rafael Garduño, Kathy Baylis and Mary P. Arends-Kuenning, *Regional Economic Analysis of Internal Migration in Mexico*, DTE-510
- Brasil Acosta Peña and Andrés Aradillas López, *Semi-Empirical Likelihood Estimation of Manufacturing Interaction-Based Model...*, DTE-509
- Brasil Acosta Peña, *Technical Efficiency in the Mexican Manufacturing Sector: A Stochastic Frontier Approach*, DTE-508
- Brasil Acosta Peña, *Estimation of a Multiple Equilibrium Game with Complete Information...*, DTE-507
- Juan Rosellón, Anne Neumann and Hannes Weigt, *Removing Cross-Border Capacity Bottlenecks in the European Natural Gas Market...*, DTE-506
- Alejandro López and Javier Parada, *Poverty Dynamics in Rural Mexico: An Analysis Using Four Generations of Poverty Measurement*, DTE-505
- Kaniska Dam and Antonio Jiménez-Martínez, *A Note on Bargaining over Complementary Pieces of Information in Networks*, DTE-504
- David Mayer y Grodecz Ramírez, *Ciclo de vida humano y ciclo de vida urbano: Urbanización y desarrollo económico*, DTE-503
- Kaniska Dam y Daniel Ruiz Pérez, *On the Existence of Sharecropping*, DTE-502

DIVISIÓN DE ESTUDIOS INTERNACIONALES

- Rafael Velázquez, *La política exterior de Estados Unidos hacia México bajo la administración de Barack Obama*, DTEI-220
- Rafael Velázquez y Jorge Schiavon, *La cooperación internacional descentralizada para el desarrollo en México*, DTEI-219
- Kimberly A. Nolan García, *Whose Preferences?: Latin American Trade Promotion Pacts as a Tool of US Foreign Policy*, DTEI-218
- Farid Kahhat, Rodrigo Morales y Ana Paula Peñalva, *El Perú, las Américas y el Mundo. Opinión pública y política exterior en Perú, 2010*, DTEI-217
- Guadalupe González, Jorge Schiavon, David Crow y Gerardo Maldonado, *Mexico, the Americas and the World 2010...*, DTEI-216
- Guadalupe González, Jorge Schiavon, David Crow y Gerardo Maldonado, *México, las Américas y el Mundo 2010. Política exterior: Opinión pública y líderes*, DTEI-215
- Gerardo Maldonado, *Desapego político y desafección institucional en México: ¿Desafíos para la calidad de la democracia?*, DTEI-214
- Luz María de la Mora, *Opening Markets without Reciprocity: Explaining Mexico's Trade Policy, 2000-2010*, DTEI-213
- Farid Kahhat, *Las industrias extractivas y sus implicaciones políticas y económicas*, DTEI-212
- Mariana Magaldi de Sousa, *Trade Openness and the Channels of its Impact on Democracy*, DTEI-211

DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS

- María Mercedes Albornoz, *Cooperación interamericana en materia de restitución de menores*, DTEJ-56
- Marcelo Bergman, *Crimen y desempleo en México: ¿Una correlación espuria?*, DTEJ-55
- Jimena Moreno, Xiao Recio y Cynthia Michel, *La conservación del acuario del mundo. Alternativas y recomendaciones para el Golfo de California*, DTEJ-54
- María Solange Maqueo, *Mecanismos de tutela de los derechos de los beneficiarios*, DTEJ-53
- Rodolfo Sarsfield, *The Mordida's Game. How institutions incentive corruption*, DTEJ-52
- Ángela Guerrero, Alejandro Madrazo, José Cruz y Tania Ramírez, *Identificación de las estrategias de la industria tabacalera en México*, DTEJ-51
- Estefanía Vela, *Current Abortion Regulation in Mexico*, DTEJ-50
- Adriana García and Alejandro Tello, *Salaries, Appellate Jurisdiction and Judges Performance*, DTEJ-49
- Ana Elena Fierro and Adriana García, *Design Matters: The Case of Mexican Administrative Courts*, DTEJ-48
- Gustavo Fondevila, *Estudio de percepción de magistrados del servicio de administración de justicia familiar en el Distrito Federal*, DTEJ-47

DIVISIÓN DE ESTUDIOS POLÍTICOS

- Ana Carolina Garriga, *Regulatory Lags, Liberalization, and Vulnerability to Systemic Banking Crises*, DTEP-232
- Rosario Aguilar, *The Tones of Democratic Challenges: Skin Color and Race in Mexico*, DTEP-231
- Rosario Aguilar, *Social and Political Consequences of Stereotypes Related to Racial Phenotypes in Mexico*, DTEP-230
- Raúl C. González and Caitlin Milazzo, *An Argument for the 'Best Loser' Principle in Mexico*, DTEP-229
- Francisco Javier Aparicio and Covadonga Meseguer, *Supply or Demand? Politics and the 3x1 Program for Migrants*, DTEP-228
- Ana Carolina Garriga and Brian J. Phillips, *Foreign Aid and Investment in Post-Conflict Countries*, DTEP-227
- Allyson Benton, *The Origins of Mexico's Municipal Usos y Costumbres Regimes*, DTEP-226
- Ana Carolina Garriga, *Objetivos, instrumentos y resultados de política monetaria. México 1980-2010*, DTEP-225
- Andreas Schedler, *The Limits to Bureaucratic Measurement. Observation and Judgment in Comparative Political Data Development*, DTEP-224
- Andrea Pozas and Julio Ríos, *Constituted Powers in Constitution-Making Processes. Supreme Court Judges, Constitutional Reform and the Design of Judicial Councils*, DTEP-223

DIVISIÓN DE HISTORIA

- Michael Sauter, *Human Space: The Rise of Euclidism and the Construction of an Early-Modern World, 1400-1800*, DTH-75
- Michael Sauter, *Strangers to the World: Astronomy and the Birth of Anthropology in the Eighteenth Century*, DTH-74
- Jean Meyer, *Una revista curial antisemita en el siglo XIX: Civiltà Cattolica*, DTH-73
- Jean Meyer, *Dos siglos, dos naciones: México y Francia, 1810- 2010*, DTH-72
- Adriana Luna, *La era legislativa en Nápoles: De soberanías y tradiciones*, DTH-71
- Adriana Luna, *El surgimiento de la Escuela de Economía Política Napolitana*, DTH-70
- Pablo Mijangos, *La historiografía jurídica mexicana durante los últimos veinte años*, DTH-69
- Sergio Visacovsky, *"Hasta la próxima crisis". Historia cíclica, virtudes genealógicas y la identidad de clase media entre los afectados por la debacle financiera en la Argentina (2001-2002)*, DTH-68
- Rafael Rojas, *El debate de la Independencia. Opinión pública y guerra civil en México (1808-1830)*, DTH-67
- Michael Sauter, *The Liminality of Man: Astronomy and the Birth of Anthropology in the Eighteenth Century*, DTH-66

Ventas

El CIDE es una institución de educación superior especializada particularmente en las disciplinas de Economía, Administración Pública, Estudios Internacionales, Estudios Políticos, Historia y Estudios Jurídicos. El Centro publica, como producto del ejercicio intelectual de sus investigadores, libros, documentos de trabajo, y cuatro revistas especializadas: *Gestión y Política Pública*, *Política y Gobierno*, *Economía Mexicana Nueva Época* e *Istor*.

Para adquirir cualquiera de estas publicaciones, le ofrecemos las siguientes opciones:

VENTAS DIRECTAS:	VENTAS EN LÍNEA:
Tel. Directo: 5081-4003 Tel: 5727-9800 Ext. 6094 y 6091 Fax: 5727 9800 Ext. 6314 Av. Constituyentes 1046, 1er piso, Col. Lomas Altas, Del. Álvaro Obregón, 11950, México, D.F.	Librería virtual: www.e-cide.com Dudas y comentarios: publicaciones@cide.edu

¡¡Colecciones completas!!

Adquiere los CDs de las colecciones completas de los documentos de trabajo de todas las divisiones académicas del CIDE: Economía, Administración Pública, Estudios Internacionales, Estudios Políticos, Historia y Estudios Jurídicos.



¡Nuevo! ¡¡Arma tu CD!!



Visita nuestra Librería Virtual www.e-cide.com y selecciona entre 10 y 20 documentos de trabajo. A partir de tu lista te enviaremos un CD con los documentos que elegiste.