

LO INÚTIL DEL DERECHO

Carlos MANUEL ROSALES

Doctor en Derecho
Profesor de la Universidad
Nacional Autónoma de México
Profesor de la Universidad de Chile
Abogado vinculado al Tribunal Electoral
del Poder Judicial de la Federación
carmaroga@gmail.com

José Luis TÉLLEZ ORTEGA

Doctor en Derecho
Investigador en la Universidad
Nacional Autónoma de México
joseluiltellezortega@gmail.com

I. INTRODUCCIÓN

El derecho se puede observar desde varias aristas que van desde su aplicación, su enseñanza, su creación, su reformabilidad, su interpretación y demás conjunciones; pero que actualmente lo han colocado como un producto suntuoso, exclusivo, corrupto y cada vez más apartado de la sociedad.

Indubitablemente, el sistema normativo de un país es el reflejo de su conglomerado social. Pero realmente se debe replantear si las leyes (hablando desde su origen hasta sus diligencias) están generando y produciendo una mejor convivencia social y una mayor seguridad a las personas.

Esta disertación es una crítica a diversas visiones y usos del Derecho que lo han desvirtuado, demeritándolo y desvinculándolo de su efectividad total. En el que el precio de su desentendimiento, desactualización y falta de socialización ha generado un producto no solo deforme, sino un instrumento de abuso, desigualdad e injusticia.

El presente trabajo se divide en cinco apartados principales: las escuelas infames, el mercado salvaje, las normas injustas, la jurisdicción incompetente y la justicia utópica. En el primer epígrafe se diserta sobre el papel de las facultades de Derecho, meditando si estos espacios son buenos colegios y si son capaces de formar abogados profesionales o si tan solo se

han convertido en un negocio privado (en el que la producción en masa y el pago de una matrícula conduce a contar con operadores jurídicos). El siguiente tema que se critica es el origen y la función del Derecho como tentáculo de los factores económicos, que no solo establecen las directrices del sistema económico, sino que dirigen la inercia de los recursos en el mercado. En el tercer epígrafe se desentraña el valor actual del Derecho para los abogados y los justiciables, en el que los asuntos como el tiempo o el debido proceso se vuelven tan trascendentales como la misma sentencia. El epígrafe cuarto realiza una biopsia al sistema jurisdiccional en el que la interpretación de las normas, la justicia pronta, la jurisprudencia efectiva, la personalidad y conducta del personal judicial, y el nuevo posicionamiento de los derechos humanos hacen reconsiderar la función social de la jurisdicción. El último estudio de esta investigación replantea la anhelada justicia que desea y espera la sociedad, y qué papel deberían desempeñar los especialistas de las normas para que la justicia no solo sea una carta de buenas intenciones, ni una utopía.

El objetivo de esta investigación es reconocer y explorar el papel que debe realizar y sostener el Derecho en un conglomerado social. En el que se espera que las normas sean el medio para obtener justicia, para que la sociedad pueda realizar sus cometidos y la convivencia sea no solo un ideal, sino que se vuelva real, y solo lo será en cuanto se tenga un Derecho más útil, más sencillo, más expedito, más democratizado y menos oneroso.

La justicia es un tema de ayer, hoy y mañana. Pero solo se podrá hablar y sentir este bien/derecho en cuanto se viva y perciba que ella está al alcance de cualquier persona y sea útil a los justiciables, y que su trascendencia se transforme en la clave para formar una mejor sociedad.

II. LAS ESCUELAS INFAMES

Actualmente, se posee una excesiva cantidad de institutos que ofrecen la licenciatura en Derecho entre sus planes académicos. Esto origina la primera pregunta: ¿quién, cómo y por qué se permiten tantos colegios para que impartan esta carrera profesional? Cualquiera puede mirar la gran facilidad para que una escuela/empresa pueda poseer o adoptar esta carrera a su plan docente, pues solo cumpliendo algunos requisitos administrativos y el pago de los debidos derechos se puede disfrutar de la aprobación estatal.

Sin embargo, no solo se trata de contar con un plan académico y un plantel con ciertos requerimientos de infraestructura. Además, debe pre-

verse la contratación del personal administrativo y docente que permita el eficiente desarrollo de las actividades académicas del colegio, lo que significa el impulso y cuidado de un negocio sano, y sin una pantagruélica carga.

En este momento surge una pregunta: ¿se requieren tantas escuelas de leyes y, por ende, tantos alumnos de Derecho? Sin duda, la enseñanza desde que se secularizó es una actividad empresarial, por esta razón las universidades (sobre todo particulares) han retomado la instrucción del Derecho, pero sin una perspectiva social, sino como una de las áreas o divisiones de sus negocios; sin importar el mercado, la sociedad y/o el futuro de sus egresados. Pero se debería limitar quiénes pueden ofrecer clases o quiénes podrían estudiar esta licenciatura profesional. Esto se convierte en un tema que podría conculcar libertades y derechos de las personas; sin embargo, ninguna especie sin el debido equilibrio ha logrado sobrevivir en un ambiente cerrado.

Hoy hay muchos colegios, escuelas e institutos que ofrecen la licenciatura en Derecho en periodo de diez a dieciocho meses, en estudios por internet, con profesores que brindan un monólogo a alumnos que parecen convidados de piedra y nos lleva a cuestionar qué tipo de operadores jurídicos se están formando.

En los tiempos de pandemia muchas escuelas siguieron ofreciendo sus servicios a través de plataformas electrónicas e internet. Pero no menos cierto es que no existía un plan académico ni pedagógico para el desarrollo de las clases en línea, y otro punto muy relevante es que la forma de contratación de los profesores se realiza por amiguismos, conexiones personales o favores políticos, entre otras formas, pero ninguna con un sistema profesional, imparcial ni eficiente. Esto tiende a preguntarse: ¿son esos maestros expertos en sus materias?, ¿sabrán transmitir sus conocimientos a sus pupilos? Entre tantas preguntas que asaltan la razón. Por lo que puede haber pésimos profesores y malos pedagogos de la licenciatura en Derecho, reproduciendo su propia especie.

Lo anterior tendrá como posible efecto que los nuevos abogados se puedan convertir en generadores de injusticias, ya sea por su escasa preparación, su falta de ética profesional, su mínimo contacto con los debates académicos, por poseer muy pocas prácticas profesionales, reducido nivel competitivo, además de una posible discriminación por la forma y lugar donde estudiaron. Pero el tema que más preocuparía es que estos nuevos egresados podrían ser productores de ilegalidades, ya sea por su ignorancia o por su falta de ética jurídica.

Resumiendo, qué tan útil o inútil se vuelve tener y establecer tantas escuelas de Derecho (buenas, regulares, malas y las demás) que producirán abogados (con diferentes capacidades) cuyos resultados impactarán no solo en la fama pública de los mismos, sino en la confianza de los justiciables en la jurisdicción.

III. EL MERCADO SALVAJE

Loewenstein y Marx coincidieron en que el Derecho es un producto del grupo político del poder y que ellos buscan consolidar e instaurar su filosofía política y objetivos económicos en las leyes¹. De esta forma, las normas se convierten en la materialización de la organización económica predominante.

A partir de la validación y difusión del orden constitucional se produce el efecto de diseñar, permear y dirigir las normas orgánicas y procesales con el objetivo de servir al interés económico que las haya impulsado.

Lo que se puede observar es que la instauración del sistema normativo está originada por los factores reales del poder (principalmente económicos) en que el contexto histórico, político y económico se vuelven partes del proyecto nacional, pero soslayando la importancia y el papel de la sociedad como el fundamento del constituyente. En otros términos, si las normas provienen de un ente económico, su instrumentación y aplicación cuidarán y protegerán sus intereses, que han fijado no solo un sistema político, sino un plan económico en la legislación.

Ahora, si las normas contienen una inspiración económica, la justicia quedará situada como un bien en el ámbito del mercado y la abogacía será el medio para que este producto pueda ser adquirido por los usuarios (los que puedan pagarla). Esto nos hace reflexionar sobre lo inútil que se vuelve un sistema social del Derecho en un esquema normativo con fuentes y objetivos económicos.

IV. LAS NORMAS INJUSTAS

Los legisladores son los delegados de la voluntad popular y en ellos se deposita la confianza del pueblo para hacer, reformar, derogar y abrogar

¹ K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Ariel, 2007, p. 9.

las leyes, así como actuar de contrapeso frente a los otros poderes públicos. Pero su labor puede estar supeditada o secuestrada a los intereses de la cúpula de un partido político, por lo que sus propias iniciativas quedan relegadas a los intereses y negociaciones del ente político, siendo las propuestas del Comité Ejecutivo las ofertas que son cabildeadas junto a los dirigentes políticos.

De esto se desprenden varios óbices, el primero es que las leyes que ellos construyen deben estar acorde a la Constitución (que, como ya vimos, contiene un componente económico); las normas legales corresponden a los intereses de los partidos, mas no de las personas; los factores reales de poder tienen una asociación con los partidos políticos, por lo que las labores de los representantes acaban posicionando o defendiendo las ventajas y beneficios de los grupos económicos en el poder, o en la indebida omisión legislativa, ellos puedan continuar con sus privilegios y sin tocar sus intereses.

El conflicto y los juicios podrían ser evitados si se fomentará una cultura de la mediación por parte de todos los operadores jurídicos, en la que la posible resolución provenga de los intereses de las partes; que los costes de la impartición y del acceso a un abogado ya no sean un impedimento para que las personas puedan proponer salidas a sus problemas, y que los abogados tengan como imperativo formular acuerdos que solucionen los contrariedades de tracto social, y solo de manera excepcional los asuntos terminen en un juicio. Para lo anterior hay que modificar los planes de estudio de las universidades, la cultura y forma de trabajo de los abogados, e ir acotando los espacios para que los conflictos sociales se puedan desahogar por medio de mecanismos alternativos y no judicializando las acciones y defensas de los justiciables.

Un tema poco útil de las normas son los tiempos procesales tan prolongados que se requieren para otorgar justicia. Los tiempos de manufactura y la mano de obra son parte de los costes de producción de un bien o servicio, pues algo similar acaece con el sistema jurisdiccional, en el que cada procedimiento incrementa el gasto que debe realizarse para alcanzar una sentencia. Pero se podría reducir el proceso; debería el juez generar acuerdos entre las partes; podría trasladarse el coste jurisdiccional a los justiciables, y si se hacen estos esfuerzos (y otros) se reducirían los gastos de juicios, acrecentando los asuntos expuestos y resueltos.

Un asunto que posterga los juicios es el de recurrir las sentencias. Se debe replantear el abrogar o reducir las causales de las apelaciones, pero conservando la protección constitucional. Si bien debe seguir existiendo

esta garantía procesal, los requisitos para considerarla por parte del *ad quem* deberían ser más estrictos y acotados, sin negar el derecho a la parte recurrente, pero reduciendo las causales para discurrir que toda apelación debe ser estudiada en el fondo, ya sea por materia, grado o competencia.

El derecho a una defensa jurídica técnica y profesional es parte de las prerrogativas fundamentales de las personas en una república. Empero, debe repensarse cómo aproximar y hacer efectivos los derechos, y un medio es la Corporación de Asistencia Judicial, en la que los estudiantes de Derecho realizan de forma obligatoria su servicio social en la clínica judicial de su facultad, y con ello se ofrece una defensa jurídica gratuita a los justiciables que lo necesiten (como en Chile). Con esto, los derechos de defensa serían democratizados y la protección legal sería más amplia.

Concatenado al párrafo anterior es el hecho que no se ha democratizado el Derecho. Esta ciencia no debería ser una facultad exclusiva o un monopolio laboral de los licenciados en Derecho, por lo que se debería universalizar su utilización y/o enseñanza mínima de cómo protegerse legalmente, exigencia a las autoridades y para la defensa de sus derechos.

Si bien el Derecho sirve para resolver diferencias entre las personas, solicitar una actuación pública o exigir el respeto de las garantías constitucionales, también se puede utilizar como medio para cometer abusos y generar conflictos. Así, el Derecho se puede convertir infértil como instrumento de convivencia social si se busca obtener un privilegio ilegítimo. También puede observar una generación de desigualdad (abogados y ciudadanos) en el que la ciencia jurídica produce una asimetría de poder entre los que usufructúan el sistema normativo y los sujetos que intuyen que es lo justo, en que los abusos y los privilegios son consuetudinarios para los especialistas de las normas, ya sea por egoísmo o para obtener un beneficio indirecto.

Una novedad del Derecho se enfoca en la instrumentación de la Inteligencia Artificial (IA), en el que un *software* diseñado y programado puede producir respuestas y soluciones en los conflictos personales y proveer una justicia pronta, expedita y mucho más económica. Y deseo aclarar que no se trata de abaratar este bien jurídico, sino de que la justicia sea más democrática, aproximándola a los justiciables, y para que la sociedad posea una opción adicional para destrabar sus intereses contrapuestos.

V. LA JURISDICCIÓN INCOMPETENTE

En el espacio de lo inútil que corresponde a los dicasterios de la justicia se debe poner atención a muchos detalles de sus labores, como sus rimbombantes herramientas de trabajo, sus autoargumentos para provocar una respuesta a un entuerto legal, sus exageradas interpretaciones *ad infinitum*, sus alegatos justicieros, el descuido de su salud mental o la falta de visión para dirimir controversias de una forma más justa, sin tanto galimatías.

En el rubro de la sempiterna subordinación de la interpretación de las normas, los operadores judiciales tienen el afán permanente de buscar la acepción e instrumentación de un vocablo jurídico, y ya sea que se descubra, localice o invente, se procura encuadrarlo en el asunto que están resolviendo. Esto deja de lado su labor independiente para actuar de manera subyugada al pasado, a criterios locales y considerando la universalidad de ese significado, sin importar lo casuístico de cada asunto.

Es indubitable que la jurisprudencia tiene tantos usos, vocablos y acepciones que convierten a la interpretación de las leyes en un mundo poco reconocido, manipulable, impopular y estrambótico. La renovación y la producción a escala de la jurisprudencia, más que organizar un cuerpo armónico, lo han mutado en su esencia y en su finalidad, haciéndola un mecanismo funcional para algunos operadores jurídicos.

Los largos procesos judiciales son una fuente de desventuras. Los tiempos de resolución judicial en muchas ocasiones aplazan los proyectos de vida de los justiciables, detienen el tráfico comercial y suspenden la continuidad del tracto social de las personas involucradas en esa disputa legal. El tema del tiempo es una variable que, si bien es derivada de la actividad principal, está sujeta a la actividad de las partes en el proceso y a las aprobaciones de los procedimientos por parte de los funcionarios públicos, lo que de manera derivada aumenta los costes para obtener justicia. Por lo que se requiere de procesos más ágiles, de un papel más preponderante de la mediación, de una cultura pacificadora de los abogados para crear, hallar, diseñar y materializar soluciones que enhiesten el valor social del Derecho.

En ocasiones, en el trabajo de los operadores jurisdiccionales se puede generar un entuerto al decidir entre los derechos de las partes, y al solventar entre ellos tendrá que resolver de acuerdo con el orden público, la integridad física, la seguridad personal y el interés social, por lo que cier-

tas determinaciones y resoluciones protegerán los derechos de uno de los sujetos procesales, pero a costa de las prerrogativas de la contraparte. Los denominados actos de molestia se convierten en una injusticia justificada, en el que los derechos de uno de los sujetos están supeditados a una ecuación jurisdiccional del mayor beneficio social.

¿Los jueces están confirmando y/o consolidando como *leitmotiv* los principios constitucionales en el sistema normativo? Lo primero es observar el término «principio» como una pauta que ha de respetarse, porque es una exigencia de la justicia, la equidad o de otro aspecto de la moral. Por lo mismo «los principios inclinan la decisión en una dirección, aunque no de manera concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan»². Por tanto, para Dworkin, «los principios son la base que construyen los sistemas jurídicos, irradiándose a todo el sistema jurídico»³.

Para que estos principios tengan valor intrínseco y peso ponderativo deben estar incorporados en la Constitución, porque si no serían meros principios morales y la necesidad de ponderación no sería un postulado jurídico, sino extrajurídico.

El principio de constitucionalidad consiste en reconocer la existencia de un estado de Derecho, un estado en donde los actos de la autoridad pública estén sometidos siempre y necesariamente a la Constitución; exige también la existencia de un sistema democrático en donde la legitimidad de las decisiones que se toman tenga un fundamento democrático; exige un pleno respeto a los derechos fundamentales; exige la existencia de varios métodos o posibilidades de otorgamiento de prestaciones materiales o los individuos, y un entendimiento que la Constitución debe regir respecto de la totalidad de las actuaciones del poder público⁴.

Esto nos lleva a pensar si la Constitución está siendo la brújula y fundamento de las decisiones jurisdiccionales o si solo es un ornamento, como

² Dworkin estima que los principios jurídicos no son patrones extrajurídicos y son vinculantes para el juez. Vid. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 19-22. También B. BIX, *Jurisprudence*, Carolina, Carolina Academic Press, 2004, p. 88.

³ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, pp. 77 y 78. Esta concepción la tomó basándose en que a partir de los principios se crean las normas. Básicamente, la distinción que hace Dworkin entre reglas y principios es la siguiente: las normas jurídicas prescriben una conducta con su consecuencia jurídica y los principios carecen de dicha consecuencia, en razón de que se trata de planteamientos que ayudan a tomar posición ante los casos concretos. Son orientadores, estándares de conducta. Por tanto, los principios son superiores a la norma.

⁴ J. R. COSSÍO DÍAZ, «Problemas de la justicia constitucional», en J. OROZCO HENRÍQUEZ (coord.), *Sistemas de justicia electoral: evaluación y perspectivas*, México, IFE-PNUD-UNAM-IIJ-IFES-IDEA International-TEPJE, 2001, p. 397.

un florero de mesa (está en el centro de todo, pero solo de adorno); haciéndola poco práctica en las grandes decisiones nacionales y desilusionante ante las exigencias sociales de los justiciables.

VI. LA PANACEA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Actualmente, los derechos humanos fungen como el nuevo ogro filantrópico⁵. Como ya mencionamos, las leyes son el reflejo de la sociedad, son la expresión del soberano que cimientan los derechos y garantías de las personas. Ellas, sin duda, identifican y permiten dirigir el destino de una nación para poder alcanzar justicia, bien común, seguridad, etc. A su vez, para que se pueda acceder a los bienes, derechos y prestaciones que ofrece el Estado, se debe cumplir con los requisitos legales para su operación.

Por otro lado, como es sabido, los derechos humanos son una edificación moral universal, que son reconocidos y reconstruidos a partir de diversos tratados, convenciones y declaraciones, entre otros, y que sirven como valores probatorios para medir la legitimidad del Estado. También se debe observar que estos derechos son obligatorios e intrínsecos y no requieren de leyes adjetivas para que puedan ser solicitados y cumplimentados. No necesitan una legislación orgánica para su operación ni consideran la capacidad económica ni la infraestructura del Estado para hacerlos efectivos.

La exigibilidad es una solicitud a la autoridad para realizar un acto que tutele, proteja o respete un derecho⁶. Esta exigibilidad es un acto en que se reclama a la autoridad un proceder y en que se pone de manifiesto que se está violando o incumpliendo un derecho. Ante este acto de exigibilidad, el operador jurídico estudiará el fondo del pedimento. Al respecto, se emitirá una decisión para hacer, otorgar, permitir o respetar, entre otros, que valde y consienta el uso y goce de sus derechos⁷.

Esta exigibilidad, como se hizo notar, estará acompañada de la justiciabilidad para que sea efectiva⁸. Esto implica la acción del poder público

⁵ Novela de Octavio Paz.

⁶ A. KOJÉVE, *La noción de autoridad*, Buenos Aires, Nueva visión, 2005, p. 36.

⁷ E. CARMONA, «Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital», *Anuario Multidisciplinar para la Modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 2 (2006), p. 187.

⁸ J. J. LINZ, *Problems of democratic transition and consolidation*, Baltimore, The Johns Hopkins University, 1996, pp. 5 y ss.

para que determine si hay violación de los derechos que expone el quejoso o descalificar la misma por no contar con elementos de forma o de fondo de dicha petición. Entre los elementos para concederla, sin previo estudio de fondo, podría estar la irreparabilidad por el daño ocasionado, lo que da efecto a una medida cautelar, una suspensión del acto o la protección temporal, mientras se resuelve de fondo el asunto principal⁹.

También se debe observar que la exigibilidad y justiciabilidad en materia de derechos humanos no implican gratuidad sin cortapisa. Que si bien se reconocen y protegen los derechos morales universales, no puede resultar un factor para obtener un bien o servicio sin coste económico. Esto implica que el reconocimiento de los derechos humanos no debe significar una puerta para el abuso en los derechos que presta el Estado (como podrían ser temas en materia de salud, educación, agua, energía eléctrica, entre otros), en el que la población, como receptores de un servicio, reconoce su obligación de realizar una contribución económica por el bien suministrado¹⁰. Por lo que se debe considerar cada solicitud y resolver ante las circunstancias y el contexto en que se haga¹¹.

Hay que entender y razonar que los derechos prestacionales exigidos como derechos humanos no son un cheque en blanco, sino que hay que ponderarlos, según sea el caso, aplicando un test para considerar su exigibilidad, reconocer su justiciabilidad y otorgarse este derecho. Para este proceso se propone un control que calificará si el Estado debe dar, entregar o realizar un acto para tutelar algún derecho humano. Con esto, se cuidaría y construiría un sistema jurídico justo, prístino e imparcial¹².

Debe puntualizarse que la limitación en el cumplimiento de un derecho humano no necesariamente es sinónimo de vulneración, pues para determinar si una medida lo respeta es necesario analizar si: *i*) dicha disminución tiene como finalidad esencial incrementar el grado de tutela de un derecho humano, y *ii*) generar un equilibrio razonable entre los derechos fun-

⁹ STA 175, Rel. Min. Gildar Mendes, enjuiciada el 17 de marzo de 2010.

¹⁰ Estos llamados «triumfos» son acuñación de Dworkin, que advierte que los derechos obtenidos son triunfos de movimientos sociales o políticos. *Vid.* R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, *op. cit.*

¹¹ J. WALDRON, *Law and disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 5 y 21-48.

¹² Esta misma interpretación se reitera en las SSTC 134/1989 y 140/1989, ambas de 20 de julio de 1989. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán también podemos encontrar un reconocimiento tácito del derecho a un mínimo vital, en opinión de Robert Alexy, si se consideran conjuntamente dos sentencias de los años 1951 y 1975 (BverfGE 1, 97, y BverfGE 40, 121). *Vid.* R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007, pp. 422-423.

damentales en juego, sin afectar de manera desmedida la eficacia de alguno de ellos. En ese sentido, para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho viola el principio de progresividad de los derechos humanos, el operador jurídico debe realizar un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho en relación con las implicaciones colectivas de la medida a efectos de establecer si se encuentra justificada¹³.

Lo primero que se debe considerar es fijar un contexto para los derechos humanos, o sea, determinarlos dentro de un sistema normativo¹⁴. Estos derechos son vistos como un eje rector del Estado, pero que podrían sobreponerse al resto del ordenamiento nacional. Esto nos origina dos supuestos: el que se concedan de manera casi automática por su peso moral, aun cuando demerite o reduzca algún derecho prestacional o fundamental, que tiene una regulación para hacerlo efectivo¹⁵, o ponderar si la tutela o protección que se solicita colisiona con derechos sustantivos o adjetivos, haciéndose notar que esa determinación creará un precedente administrativo y/o jurisdiccional¹⁶.

¿Pero es más importante tutelar y proteger los derechos humanos que la propia Constitución?¹⁷ Pues todo depende de dos factores: el operador jurídico (funcionario o juez) y el contexto en que se realiza el acto. En el primer caso, la conducta del operador jurídico podrá ser la de un garantista que maximice los derechos de las personas y restrinja la acción del Estado, garantizando los derechos humanos de manera automática, impronta e indubitable. En el que su juicio o realización sea para no entrar a la cuestión de fondo, o si considera que se debe tutelar y proteger ese derecho humano sin importar otras consideraciones. La sola exigibilidad asegura su justiciabilidad en este modelo que llamaré «reacción positiva». En el otro modelo se tendrán en consideración ciertos elementos como: la gradualidad, si hay peligro vital, si se restringe alguna libertad, si es *sine qua non*

¹³ Principio de progresividad de los derechos humanos. Criterios para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho humano deriva en la violación de dicho principio (Suprema Corte de Justicia de la Nación).

¹⁴ En el caso de México, son parte integrante del andamiaje legal y se encuentran por debajo de la Constitución nacional. Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquellos se debe estar a lo que establece el texto constitucional.

¹⁵ H. L. A. HART, *The concept of law*, Oxford, Clarendon, 1988, pp. 7 y 14.

¹⁶ J. R. VANOSSI, *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, EUDEBA, 1987, p. 146.

¹⁷ A. M. BICKEL, *The least dangerous branch*, New Haven, Yale University Press, 1986, pp. 23-33, 58-59 y 199.

para poder desarrollarse como persona o si la negación atentase contra su dignidad, que nombraré como «ponderación mínima».

Los derechos fundamentales son triunfos políticos de la sociedad y los derechos humanos provienen de reconocer a la persona ciertas prerrogativas mínimas para que pueda vivir dignamente y desarrollar libremente su vida. Existe un espacio en que ambas esferas confluyen en su identidad y objetivos, mas no en la forma de su cumplimiento. Empero, los derechos fundamentales son prestados a la población por medio de una ley que garantiza derechos, obligaciones, requisitos, operación y ejecución de estos. Al contrario de los derechos humanos, su principal activo es su valor intrínseco y que sirven como directriz y freno a la actuación de las autoridades.

Por lo que es menester preguntar, ¿los derechos humanos tienen más reconocimiento que los derechos fundamentales en un país determinado?, o, dicho de otra manera, si una persona exige el cumplimiento de un derecho, ¿se debe conceder o consumir sin condiciones previas a diferencia de cualquier ciudadano, que debe apegarse a las normas preestablecidas para obtener acceso a ese bien o servicio?

Se deben proponer algunos requisitos para la exigibilidad y otorgamiento de algunos derechos, cuáles serían los mismos y cómo podría considerarse su exigibilidad en un sistema jurisdiccional sin que se desprotejan los mismos o se demeriten los derechos fundamentales del resto de los ciudadanos.

Debe existir un mecanismo que enfoque y localice judicialmente los derechos humanos para que no se acumulen en una caja de Pandora, sino que su otorgamiento sea con base en la ponderación del operador jurídico, estimando que no toda exigencia fundamentada en derechos humanos debe ser resuelta o desahogada incondicionalmente a favor del solicitante, por lo que debe revisar cada asunto, tutelando y protegiendo tanto los derechos como los derechos fundamentales de la población.

A este fenómeno lo llamo «el síndrome Indiana Jones». Todo el mundo conoce el personaje, qué hace y su afán justiciero, y en cada batalla solo cambian los argumentos y los villanos, pero al final siempre triunfa el bien. La pregunta sería para qué se crean, disponen y usufructúan tantas leyes si acabamos en el reduccionismo de decidir y resolver conforme a derechos humanos, una especie de panacea jurisdiccional.

VII. LA SALUD MENTAL DE LOS JUZGADORES

En lo que respecta a la salud mental de los operadores jurisdiccionales, se debe anotar lo siguiente para empezar. Proteger los derechos implica creer en las personas, pues no son las instituciones ni tampoco los ordenamientos legales quienes vigilan su cumplimiento¹⁸, sino las personas especializadas para la impartición de justicia en sus respectivos ámbitos (federal, local o municipal).

De ahí que resulte relevante centrar la atención en los operadores jurídicos, pues para lograr una justicia óptima dentro de un sistema no solo se requiere de la norma positivizada y actualizada con la realidad, sino que también se necesita la instauración de órganos y/o instituciones que la administren y apliquen. Además, es fundamental que quienes estén a cargo de vigilar e impartir justicia sean aptos para tal responsabilidad.

Por ello, resulta interesante preguntar si quienes ostentan el cargo de juez son idóneos para la función, es decir, si además de tener el conocimiento jurídico requieren de buena salud (física y mental), pues este último elemento podría considerarse como necesario para lograr actitudes congruentes al perfil que exige tal función, ya que la salud también abarca el aspecto psicológico y las emociones. Tener una actitud positiva ante la vida, emprender relaciones personales sanas, limitar las situaciones de estrés y provocar el optimismo son prácticas que no pueden ser ajenas al operador judicial, ya que de alguna manera impactará en la función judicial a través de su labor¹⁹.

La inteligencia emocional en los operadores jurídicos es un elemento primordial de la justicia, pues en varios textos doctrinales y jurídicos se ha hecho énfasis en la importancia e implementación de los derechos humanos, en los marcos normativos, así como en las instituciones a cargo de su vigilancia, pero, a juicio personal, me parece que para lograr tal fin es necesario poner atención en quienes están a cargo de administrar justicia, pues no basta que dicha persona tenga conocimiento jurídico, sino que física, psicológica y emocionalmente se encuentre estable y en completo bienestar, ya que dichos aspectos serán reflejados en la labor, es decir, en la administración interna del órgano judicial a su cargo, así como en las sentencias que emita²⁰.

¹⁸ L. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, p. 87.

¹⁹ A. DI FABBIO, *Emotional Intelligence*, Croatia, Intech, 2012, pp. 67 y ss.

²⁰ M. WALZER, *Las esferas de la justicia*, México, FCE, 2004, p. 313.

El arte de juzgar va más allá de forjar juzgadores que solo resuelvan determinado número de asuntos cada semana, cada mes, cada año, pues, de ser así, sería importante ir visualizando a un ser dotado de inteligencia artificial que integre una memoria con todos los ordenamientos jurídicos que haya en determinado lugar y época, y solo ir actualizando las modificaciones a los mismos, respectivamente, ya que solo se aplicaría la ley al caso concreto, pero ¿eso es lo que hace que la justicia sea óptima? Me atrevería a afirmar que no, lo que busca el ser humano cuando perturban su armonía en la esfera de sus derechos y libertades y acude a alguna instancia judicial en busca de justicia es que un ser dotado de conocimientos jurídicos y virtudes le devuelva el equilibrio a través de una decisión con calidad humana y excelencia legal, y que —además— esa determinación pueda ser entendida por toda la comunidad, ya que se construyó con un lenguaje sencillo y apegado a la realidad social.

Actualmente, ser juez significa un gran reto, pues su labor representa una pieza fundamental para tutelar a conciencia los derechos humanos, es decir, cuidarlos en serio, tratando de entender el contexto del todo; para ello no basta con solo interpretar la norma jurídica, sino que habrá que involucrarse a cabalidad con la realidad social vigente, auxiliarse de otras ramas científicas y sociales y, sobre todo, el juzgador es ante todo una persona que no debe perder su sentido de humanización. Sin embargo, cómo es de apropiado que un magistrado con posibles problemas de salud mental esté impartiendo justicia, y/o cuando se desconoce si goza plenamente de sus capacidades personales, e impedir que sus problemas psicológicos no vayan a determinar la suerte y el destino de los justiciables.

VIII. A MAYOR SUPLENCIA, MAYOR PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

El principio de suplencia de la deficiencia de la queja —llamada también, con menor precisión, «deficiencia de la demanda»— es aquel mediante el cual el juzgador de amparo tiene la potestad jurídica de suplir las deficiencias en el planteamiento de la demanda de amparo o del recurso de revisión en su caso, e implica no atender con una perspectiva rígida y formalista a los conceptos de violación expuestos en la demanda de amparo, e incluso interpretarlos en forma tal que pueda el juez de amparo acotar claramente en qué consiste la violación a los derechos fundamentales que alega el quejoso o las violaciones procesales de las que se duele el recu-

rente. El órgano de control puede hacer valer cualquier aspecto inconstitucional de los actos reclamados. Lo anterior no procede por causa constitucional, legal o jurisprudencial.

En el principio de suplencia de la deficiencia de la queja el juez no está obligado a resolver el conflicto apegado en concepto de violación cuando encuentra que se ha violado de manera manifiesta determinado derecho en perjuicio del agraviado y este, por error o ignorancia, no lo hizo valer en sus conceptos de violación, o en su caso los agravios que plantean los recursos o que estos resultan deficientes o ininteligibles. Esta suplencia de la demanda de garantías implica la idea de deficiencia en dos acepciones diferentes: la falta o carencia de algo y la de imperfección.

Conforme al criterio sostenido por la Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo en revisión 159/2013, la suplencia de la deficiencia de la queja es una herramienta de la cual debe disponer el juzgador para estar en aptitud de analizar un asunto, a pesar de la formulación incompleta o deficiente que se hubiese realizado de los argumentos respectivos, para no encontrarse limitado por una *litis* cerrada, en la cual se tendría que constreñir a lo alegado por las partes.

Dicha figura jurídica se traduce en una serie de escenarios diseñados por el legislador en los cuales, debido a los derechos involucrados o a la posición de «desventaja» procesal de alguna de las partes, se justifica que el análisis de este no se limite a lo señalado por quienes intervienen en el procedimiento jurisdiccional respectivo.

Al respecto, la suplencia de la deficiencia de la queja implica una restricción de rango constitucional de algunas exigencias fundamentales del debido proceso; concretamente, al de la necesidad de que los tribunales actúen con absoluta imparcialidad, así como de su deber de resolver en forma estrictamente congruente con lo pedido, y con base en la fijación de una *litis* previsible sobre la cual las partes puedan exponer sus puntos de vista antes de que se dicte el fallo definitivo, ya que si bien son evidentes las lesiones de estas elementales obligaciones de los juzgadores, dada la incorporación de dicha figura en el texto de la Constitución debe estarse a lo ordenado por ella, ante la contradicción insuperable entre la igualdad procesal y el auxilio oficioso que se impuso constitucionalmente a los juzgadores de amparo en favor de determinadas categorías de quejosos.

Consecuentemente, como todo derecho debe ceder ante las restricciones constitucionales, cuya justificación se encuentra en el propósito del Constituyente Permanente de mejorar la defensa de quienes, por regla general, carecen de conocimientos técnicos para salvaguardar sus derechos,

o bien se encuentran en una condición jurídica en la que debe vigilarse oficiosamente que se observen y respeten sus derechos fundamentales.

Inicialmente en el plano constitucional la suplencia de la deficiencia de la queja fue instituida únicamente para aplicarse en materia penal; sin embargo, debido a las necesidades sociales sufrió cambios importantes.

Así, la suplencia de la queja deficiente es una institución procesal de rango constitucional y, por tanto, los juzgadores de amparo, en los supuestos establecidos en la ley reglamentaria, se encuentran obligados por mandato de la carta magna a examinar oficiosamente la legalidad de las resoluciones ante ellos reclamadas, y de llegar a advertir alguna ilegalidad, procederán a revisar si hubo o no argumento coincidente con la irregularidad detectada a fin de declararlo fundado y, en caso contrario, suplir su deficiencia.

La idea es que la suplencia sea más amplia y con ello se beneficie al justiciable. Así se maximiza el papel y la función del derecho reconociendo que, a mayor suplencia, habrá un mejoramiento no solo en las exigencias, sino en los derechos que se solicita a las autoridades jurisdiccionales.

IX. ORDEN PÚBLICO

El concepto de orden público ha ido modificándose a lo largo del tiempo, ya que, aunque la expresión siga utilizándose como garantía de la seguridad pública, su contenido ha ido evolucionando desde la conminación de ciudadanos al cumplimiento de la norma a la garantía de la calidad de vida de los mismos. De este modo, no es un concepto que pueda aducirse arbitrariamente por la Administración, sino que está sometido a unos límites, en primer lugar, constitucionales, tendentes a evitar precisamente que cierta discrecionalidad se transforme en arbitrariedad.

El orden público nace en el contexto de la monarquía absoluta como una cláusula general de habilitación de la actuación administrativa restrictiva de derechos de los súbditos, de tal manera que la invocación del orden público se convierte en un título de intervención en virtud del cual la autoridad administrativa puede limitar o restringir la esfera privada de los ciudadanos con el pretexto de preservar la tranquilidad y la paz social. El orden público aparece así como un título administrativo para el ejercicio de la actividad de policía, entendiendo la doctrina que el concepto se descompone en una triple dimensión: seguridad, salubridad y tranquilidad públicas.

En el Estado constitucional contemporáneo, la noción de orden público ha perdido su connotación inicialmente ligada a la defensa de una indeterminada paz social y se ha relacionado directamente con la protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución. Por otra parte, el orden público ha perdido también su virtualidad como título genérico de intervención, de tal suerte que todas las actuaciones administrativas susceptibles de producir la restricción de derechos de los administrados deben someterse al principio de legalidad, que no cabe excepcionar a través de una genérica invocación del orden público.

El hecho de que el «orden público» sea actualmente concebido como un principio jurídico relativamente indeterminado no constituiría un problema si no estuviéramos hablando de un elemento que desarrolla una clara función directiva en la actividad de toda administración democrática moderna. Este paradigma jurídico y social imposibilita cerrar el continuo debate sobre la coincidencia entre los fines últimos del Estado y el bienestar de la comunidad.

Así pues, la cuestión principal a tratar se centra en concretar qué es lo que cualquier ciudadano de a pie puede entender por «orden público», cuál es su contenido o componente esencial y en qué manera esta figura puede influir legítimamente en el desarrollo y disfrute de los derechos que constitucionalmente le han sido atribuidos. Lo que se propone es extinguir esta institución, pues se ha utilizado para frenar, menguar, desconocer o inhabilitar los derechos de los justiciables, so pretexto del orden público.

X. EL ABSURDO DEL ESTRICTO DERECHO

El principio de estricto derecho es la restricción interpretativa mediante la cual el juez de amparo debe concretarse a examinar la constitucionalidad del acto reclamado según lo dispuesto por el quejoso en los conceptos de violación expresados en la demanda.

Los medios de control constitucional se deben dirigir por un nuevo bloque integral unificado, esto es, atendiendo al andamiaje normativo que proteja en mayor medida al gobernado e interpretando las disposiciones con la protección más amplia de los derechos del mismo, de acuerdo con lo establecido en la ley. Los criterios ampliados y dirigidos deben ser vistos conforme a los nuevos principios que en mayor medida se reflejan en instrumentos que velan por los derechos fundamentales de los gobernados, como el amparo.

Debemos entender que el origen del principio de estricto derecho se da en un sistema positivista y en un momento histórico determinado, con el imperio de un sistema jurídico de carácter formalista donde se exige una argumentación precisa y técnica para el quejoso en la elaboración de agravios y violaciones del escrito de amparo. Del mismo modo cabe señalar el origen ya referido respecto de su inclusión en el sistema jurídico mexicano como obstáculo procedimental para el desahogo del rezago judicial, una limitación legal que atañe al juzgador respecto de establecer un análisis, con la experiencia de su pericia y conocimiento jurídico, donde se protegiera al particular en caso de observar alguna violación o agravio que no se dispuso de manera conveniente en el escrito de amparo o que se encuentra ausente del mismo²¹.

El principio del estricto derecho estriba en que el juzgador debe concretarse a examinar la constitucionalidad del acto reclamado a la luz de los argumentos externados en los «conceptos de violación» expresados en la demanda, y si se trata de resolver un recurso interpuesto contra la resolución pronunciada por el juez, en que el revisor se limite a apreciar tal resolución teniendo en cuenta, exclusivamente, lo argüido en los «agravios». No podrá, pues, el órgano de control constitucional realizar libremente el examen del acto reclamado en la primera instancia, si se trata de amparo indirecto, o en única instancia, si es directo, ni de la resolución recurrida si el amparo es biinstancial, pues debe limitarse a establecer, respectivamente, si los citados conceptos de violación y, en su oportunidad, los agravios son o no fundados, de manera que no está legalmente en aptitud de determinar que el acto reclamado es contrario a la Carta Magna por un razonamiento no expresado en la demanda, ni que la sentencia o resolución recurrida se aparta de la ley por una consideración no aducida en los agravios respectivos.

En virtud de este principio puede ocurrir que, aunque el acto reclamado sea notoriamente inconstitucional, se niegue la protección de la justicia solicitada por no haberse hecho valer el razonamiento idóneo conducente a aquella conclusión, y que, siendo ostensiblemente ilegal la resolución recurrida, deba confirmarse por no haber expuesto el agravio apto que condujera a su revocación²².

²¹ <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37603.pdf>.

²² <http://diccionariojuridico.mx/definicion/principio-de-estricto-derecho/>.

XI. LA INSUFICIENCIA DE RECURSOS MATERIALES

Hay un tema transversal y multidisciplinario en diversas ciencias y ramas del Estado cuando se reconocen las peticiones de derechos humanos de los justiciables. No solo por la cuestión de la progresividad de los derechos morales universales, sino porque el otorgamiento de los mismos generará un coste financiero para la autoridad. Se debe advertir que no se entregan de manera gratuita los medios o bienes para el cumplimiento del Derecho, sino que el coste es trasladado al erario, produciendo una redistribución de este por un medio indirecto, y por lo mismo, es la sociedad la que patrocina la petición del afectado en su esfera jurídica.

Pero se debe considerar que no siempre es posible el acatamiento absoluto de una resolución o sentencia jurisdiccional por el obstáculo que supone satisfacer el requerimiento hecho por la persona(s). Ante esta situación, es posible que ante la imposibilidad física o material de la obediencia a la norma, orden o sentencia para llevarla a cabo, la autoridad responsable de consumir lo pedido u ordenado declare inadmisibile su realización²³.

El coste económico se vuelve un elemento a tener en cuenta para el cumplimiento de varios derechos, pues muchos de ellos tienen relación con los bienes materiales (como la salud o el pago del arancel para la educación). El mercado influye en el precio (con base en la oferta y la demanda) y, por tanto, al ser un bien comercial, se debe adquirir mediante el intercambio de bienes y recursos con cargo a la autoridad para dar observancia a esa garantía.

XII. LA IMPOSIBILIDAD MATERIAL DEL ESTADO

Uno de los asuntos al reconocer los derechos humanos es que sus peticiones tendrán una acción por parte de la autoridad sobre la(s) persona(s), ya sea como una directriz en su actuación o como un mandato de una autoridad, por lo que tendría la obligación de someterse al imperio de la norma. Sin embargo, la autoridad judicial al ordenar el cumplimiento del Derecho no considera el tema de la posibilidad material y económica del Estado²⁴.

²³ C. M. ROSALES, «La gratuidad de los derechos prestacionales como derechos humanos», *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, año 15, núm. 48 (2018).

²⁴ C. M. ROSALES, «Justiciabilidad de los derechos sociales», *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 6, núm. 2 (2019).

También puede ser que el óbice no sea por recursos del erario, sino que implique ir contra los derechos fundamentales (la prisión preventiva oficiosa en México que atenta contra la presunción de inocencia o el arraigo que conculca la libertad personal) o las instituciones que conforman el sistema positivo nacional (por ejemplo, un tratamiento experimental cuyo coste debería absorber el sistema de salud público). Y ante ello se dé la imposibilidad del Estado para obedecer de manera absoluta la práctica consuetudinaria de los derechos humanos o la orden de un juez.

La imposibilidad del cumplimiento de una sentencia por parte del Estado debe estar justificada con razonamientos más allá de lo legal, argumentando su coste social, político o económico que podría conllevar el acatamiento de los fallos judiciales. Esta inaplicación por incumplimiento de los derechos derivada es con fundamento en la ley, pero su acatamiento conlleva considerar las circunstancias materiales y que en muchos casos tendrá que producirse un gasto por parte de la autoridad.

Por ejemplo, ante el cambio de forma para realizar clases por el sistema de educación pública se requiere de internet, computadoras y/o teléfonos que sirvan para tal objetivo, por lo que se debe razonar: ¿el Estado debería costear todos esos bienes materiales para que se goce del derecho humano a la educación? O en un tratamiento médico de reciente experimentación (que es bastante oneroso, además de la transportación al extranjero) ¿se tendría que financiar el derecho humano a la salud a costa del resto de los derechohabientes o por el Estado?²⁵

Por tanto, el no pago del derecho prestacional por el quejoso se traslada al dominio de la dependencia pública, que recortará o readministrará sus recursos financieros para el cumplimiento de la sentencia judicial; esto implica que no saldrá gratis el bien o servicio para el justiciable, sino que será la sociedad la que patrocine el coste de ese derecho.

Y aquí cabe otra pregunta: ¿debería el juzgador tener una conciencia del coste económico para la tutela de los derechos o solo debería hacer que se respeten y protejan los derechos de los justiciables, sin importar su precio?

²⁵ En México, la Ley de Amparo provee que, en caso de imposibilidad de cumplimiento de una sentencia, se dé un cumplimiento sustituto y con esto proteger los derechos del justiciable que solicitó la protección del Estado.

XIII. LA FALTA DE INDEPENDENCIA DE LOS JUECES

Uno de los fines de la creación del Estado es brindar seguridad y protección a los derechos de la población, para eso se necesita establecer un conjunto de leyes e instituciones, pues «un Estado se justifica si protege los derechos y libertades de los gobernados»²⁶.

El objetivo de instaurar un sistema independiente de administración de justicia se materializa en un sistema democrático a través del establecimiento de tribunales independientes y de procedimientos jurisdiccionales para la resolución de conflictos, para que se resuelvan imparcialmente estos y, a su vez, se determinen las sanciones correspondientes²⁷.

A partir de la transición que se hizo del Estado absolutista al Estado moderno se desterró la costumbre de la concentración de poder²⁸. Para empezar ya no sería un poder privado, derivado de la autoridad divina, sino que sería el pueblo el que elegiría y reconocería a las autoridades públicas, además de formar parte de las decisiones en los asuntos públicos. También se desconcentró el poder en una sola persona y se creó un sistema de distribución de funciones entre varios poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial)²⁹. Asimismo, un punto fundamental fue abrogar el poder despótico de los gobernantes. Ahora estarían limitados por la norma como medio de defensa del pueblo contra las arbitrariedades³⁰.

De esta forma, la Constitución se convirtió en el instrumento para que se desarrollaran y protegieran los principios, valores y bienes de la sociedad, y, por otro lado, la determinación de las funciones de las autoridades públicas³¹. El objeto primario de la Constitución era (y es) ofrecer seguridad a las personas y limitar los actos estatales.

Asimismo, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1791 y 1793 advierten la importancia de la Constitución, la separación de funciones, los límites a la autoridad por el principio de

²⁶ S. NIETO, *Interpretación y argumentación jurídica*, México, UNAM, 2003, p. 134.

²⁷ L. PONCE DE LEÓN ARMENTA, *Derecho político electoral*, México, Porrúa, 1997, p. 7.

²⁸ V. ANSELMINO, «La división o separación de poderes», *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, año 13, núm. 46 (2016), pp. 188-203.

²⁹ J. SOLOZÁBAL, «Sobre el principio de la separación de poderes», *Revista de estudios políticos*, núm. 24 (1981), pp. 215-234.

³⁰ A. J. CABALLERO, «La transición del absolutismo al Estado moderno», en S. LÓPEZ AYLÓN (ed.), *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, 2000, pp. 19-47.

³¹ D. BONILLA, «La arquitectura conceptual del principio de separación de poderes», *Revista Universitas*, núm. 131 (2015), pp. 231-276.

legalidad, la no concentración de poder en una sola persona y el desconocimiento a la autoridad si acumulaba o funcionaba con más poder público que otro.

En *El Federalista* se reseña y enmarca el valor de la Constitución, la democracia como sistema político, el establecimiento de la forma de gobierno, los deberes de los Estados de la Unión y las funciones del Congreso, entre otros tópicos; pero en el caso que nos interesa, trata el tema del poder judicial y la independencia que debe poseer para actuar sin cortapisa ni órdenes de ningún poder³².

Por lo que se puede observar, existe una vinculación entre la democracia y la división de poderes que permite crear un sistema de equilibrios y que se pueda frenar el poder con el mismo poder³³. Esta organización, que nace a partir de la democracia, permite que no haya una concentración de poder para evitar abusos y, sobre todo, que haya legitimidad de las instituciones públicas³⁴.

En el tema del establecimiento del poder judicial como parte de las funciones del Estado, se debe considerar que para que este no sea manipulado o subyugado debe de gozar de autonomía e independencia frente a los poderes (públicos, privados y fácticos). Por lo que se analizará qué implica la autonomía para el poder judicial como poder de la unión y que le permite administrarse a sí mismo, sin interferencias externas.

De manera más particular, la independencia judicial es la nota que no puede conseguirse más que con la seguridad en el desempeño laboral de los juzgadores, con la certeza del nombramiento y de saberse sujetos a la promoción, y con la adecuada retribución y estímulos que les brinde tranquilidad personal, lo que en su conjunto significará la existencia de un poder judicial que no guarde dependencia en ningún sentido —y mucho menos de relación con jerarquía alguna— con los otros funcionarios de los otros poderes públicos, a fin de tener la capacidad de cumplir con el papel que la Constitución les ha asignado³⁵.

La independencia jurisdiccional significa que los jueces no se encuentran sometidos a ninguna instancia jerárquica, política, administrativa,

³² Los volúmenes que hablan sobre la independencia judicial son el 47, 52, 78, 80, 81 y 82. Vid. J. MADISON, A. HAMILTON y J. JAY, *El federalista*, México, FCE, 2010.

³³ B. ACKERMAN, «The new separation of powers», *Harvard Law Review*, vol. 113, núm. 3 (2000).

³⁴ H. LASKI, *Authority in the modern state*, Kitchener, Batoche Books, 2000, pp. 28 y ss.

³⁵ D. E. HERRENDORF, *El poder de los jueces*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 97-109.

económica, burocrática o de cualquier orden, pues la esencia del ejercicio de su función es la libertad para actuar, sin tener en cuenta ningún elemento que no sea la ley³⁶. Esta garantía judicial tiene por objeto mantener su imparcialidad y estar ajenos a cualquier influencia sobre los servidores del poder judicial³⁷.

La subordinación del juez es solo a la ley y esto es, precisamente, su protección más eficaz y su garantía para una independencia judicial plena: «La amplitud y la efectividad de las garantías personales que rodean al juez están estrechamente conectadas con las características particulares de la organización judicial que, en gran medida, son tributarias del tipo de reclutamiento»³⁸.

La racionalidad que subyace al principio de independencia judicial es, sin duda, la necesidad de contar con una auténtica imparcialidad en la administración de justicia. No solo para proteger a los individuos en contra de cualquier tipo de arbitrariedad o abuso, sino, sobre todo, para permitir que tan solo sea un órgano imparcial el autorizado para determinar el sentido de la norma jurídica³⁹.

Las injerencias a su labor pueden ser externas o internas: «La independencia exterior se plantea ante los otros poderes formales. El judicial —o jurisdiccional— no depende del ejecutivo ni del legislativo en el cumplimiento de las facultades que le reserva la Constitución política con base en la división de poderes. La independencia interior se presenta cuando el juzgador está en posibilidad de conocer o resolver sin que lo distraigan circunstancias propias —oriundas, a menudo, de sus relaciones o situaciones personales— que pudieran desviar la legitimidad del juicio»⁴⁰.

El principio de independencia judicial es señalado por el código de ética del poder judicial de la Federación mexicana como «la actitud del juzgador frente a influencia extrañas al Derecho provenientes del sistema social. Consiste en juzgar desde la perspectiva del Derecho y no a partir de presiones o intereses extraños a aquel»⁴¹.

³⁶ M. MELGAR ADALID, *El consejo de la judicatura federal*, México, Porrúa, 2000, p. 29.

³⁷ C. GUARNIERI y P. PEDERZOLI, *Los jueces y la política*, Madrid, Taurus, 1999, p. 17.

³⁸ *Ibid.*, p. 46.

³⁹ J. A. CABALLERO JUÁREZ y H. A. CONCHA CANTÚ, *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas*, México, UNAM-IIJ, 2002, p. 309.

⁴⁰ S. GARCÍA RAMÍREZ, *Poder Judicial y Ministerio Público*, México, Porrúa, 1997, pp. 30-31. El principio de independencia forma parte de las llamadas garantías jurisdiccionales.

⁴¹ *Código de ética del Poder Judicial de la Federación*, México, SCJN, 2004, p. 17.

La finalidad de la independencia del poder judicial es proveer un «sistema de garantías mutuas para evitar la posibilidad de que un actor sea capaz de manipular unilateralmente las reglas del sistema político»⁴².

El principio de independencia hace referencia a las garantías y atributos de que disponen los órganos y autoridades que conforman el Tribunal para que sus procesos de deliberación y toma de decisiones se den con absoluta libertad y respondan única y exclusivamente al imperio de la ley, afirmándose su total independencia respecto de cualquier poder establecido⁴³.

Asimismo, el principio de independencia significa «libertad en el sentido de ausencia de subordinación. Entonces, la autoridad debe resolver de manera libre, sin aceptar ningún tipo de injerencia en la toma de sus decisiones jurisdiccionales, sea de poderes públicos o de cualquier tipo de personas, organizaciones o entes políticos»⁴⁴.

Al brindarse independencia a los juzgadores se gestiona una imparcialidad para el juzgador, manteniéndose un orden democrático institucional. Por ello es determinante contar con autoridades independientes para hacer desaparecer cualquier duda en su actuación y, sobre todo, garantizar las condiciones para un óptimo desempeño⁴⁵.

Se deduce entonces que la independencia judicial depende de los valores éticos y de la formación del juzgador, «de ahí emanan todas las determinaciones del impartidor de justicia»⁴⁶.

La independencia judicial es un atributo de «los funcionarios encargados de administrar justicia por la que no deben ser sometidos a ningún tipo de presiones, insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por partes de otros órganos del poder judicial o inclusive de la misma rama judicial»⁴⁷. Nuevamente esta acepción indica que las injerencias pueden ser internas y externas. Situaciones en que por órdenes o compromisos con sus superiores tenga que obedecer una

⁴² G. NEGRETTO y M. UNGAR, «Independencia del Poder Judicial y Estado de Derecho en América Latina», en *Política y Gobierno*, vol. IV, México, CIDE, 1997, p. 83.

⁴³ *El sistema mexicano de justicia electoral*, México, TEPJF, 2003, pp. 14-15. *Vid.* S. NIETO, *Interpretación y argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 308.

⁴⁴ J. CANTO PRESUEL, *Diccionario electoral*, México, TEQROO, 2021, p. 49.

⁴⁵ H. ANDALUZ, «La posición constitucional del Poder Judicial», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XXXV (2010), pp. 229-243.

⁴⁶ Por ejemplo, a la Corte Warren se le ha considerado como una corte liberal, mientras que la Corte encabezada por Rehnquist ha tenido una tendencia conservadora. *Vid.* C. WOLFE, *The rise of modern judicial review*, New York, Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994, pp. 258-291.

⁴⁷ Sentencia C037-1996, Corte Constitucional de Colombia.

orden, lo que atentaría contra su independencia. Por otro lado, las solicitudes corruptas pueden llegar desde el exterior, en el que un agente le invite, sugiera, convide o proponga no usar la norma para definir, sino los intereses privados de las partes⁴⁸.

Por lo anterior, el código de ética del poder judicial de la Federación mexicana considera los siguientes factores para que haya independencia del servidor judicial: «1. Rechazar cualquier tipo de recomendación que tienda a influir en la tramitación o resolución de los asuntos que se sometan a su potestad, incluso las que pudieran provenir de servidores del poder judicial de la Federación. 2. Preservar el recto ejercicio de su función denunciando cualquier acto que tienda a vulnerar su independencia. 3. Evitar involucrarse en actividades o situaciones que puedan directa o indirectamente afectar su independencia. 4. Abstenerse de recomendar, insinuar o sugerir, con un fin ilegítimo, el sentido en que deban emitir los demás juzgadores cualquier determinación judicial que tenga efecto sobre la resolución de un asunto».

Es menester señalar que los magistrados deben estar avalados con diversas garantías para el buen desempeño de su cargo⁴⁹. Estas garantías, en palabras del profesor Héctor Fix-Zamudio, son: «El conjunto de instrumentos establecidos por las normas constitucionales con el objeto de lograr la independencia y la imparcialidad del juzgador y que poseen, además, un doble enfoque, pues al tiempo que se utilizan en beneficio de los miembros de la judicatura⁵⁰, también favorecen la actuación de los justiciables. Entre dichas garantías jurisdiccionales se pueden señalar varios instrumentos que se aplican a los miembros de la judicatura relativos a la estabilidad, remuneración, responsabilidad y autoridad de los juzgadores»⁵¹.

Por lo que se puede deducir que la independencia judicial no solo beneficia a la judicatura como poder público o a la impartición de justicia como jueces, sino que también favorece a la población, al ser la norma el único canon para resolver los conflictos legales.

Se debe considerar lo inútil del Derecho cuando las decisiones de los juzgadores no están hechas con base en las leyes, sino por presiones, favo-

⁴⁸ C. M. ROSALES, «Las garantías jurisdiccionales de los impartidores de justicia», *Revista Nuevo Derecho*, vol. 7, núm. 9 (2011), pp. 59-70.

⁴⁹ Ch. H. SHELDON, *Essential of the American constitution*, New York, Routledge, 2002, p. 20.

⁵⁰ G. MARSHALL, *Teoría Constitucional*, Madrid, Espasa, 1982, pp. 157, 158 y 163.

⁵¹ Vid. H. FIX-ZAMUDIO y J. R. COSSÍO DÍAZ, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, FCE, 1999, p. 31, y F. J. BARREIRO PEREIRA, *Sistemas de justicia electoral*, México, TEPJF, 1999, pp. 405-430.

res, canonjías, prestaciones o corrupción, entre otros factores que subyugan la independencia judicial, creándose un halo de inseguridad jurídica.

XIV. DE ILUSIONADOS A ILUSIONADORES

Existe una metamorfosis que viven los estudiantes de Derecho en donde las ilusiones y la determinación de sus planes está proyectada a que el Derecho sea la clave de su vida, poseen un sueño para ejercitar la justicia y realizar sus metas. Empero, el tiempo en las aulas, los acercamientos con el sistema legal, sus primeras labores relacionadas con el sistema de administración de justicia y demás circunstancias van transformando sus ideales por actos reales. El aprendizaje que adquieren fuera de la facultad reforma sus pensamientos, provocando un retoque en su carácter, mutando su voluntad, así como muchos de ellos, después de las primeras experiencias externas, aprenden a cómo sobrevivir en su medio ambiente.

El rol de los alumnos después de los estudios profesionales se moldea por el mercado y por las inercias propias de la esfera jurídica. Al atender a las personas venderán o proveerán un bien o servicio en el que deberán ser una especie de ilusionistas para que los justiciables se aproximen a ellos, les informen de sus pretensiones, los apoderen, los representen, los asesoren, los conduzcan, los aconsejen y hasta, en ocasiones, realicen contenciones o simplemente funjan como un tipo de psicólogo al escuchar sus situaciones y entuertos.

XV. LA JUSTICIA UTÓPICA

John Rawls menciona que la justicia es el bien jurídico más importante en una sociedad⁵². Sin duda, se pueden crear y tener leyes e instituciones para impulsarlas, pero eso no garantiza que se haya alcanzado justicia, pues depende de muchos factores, como, por ejemplo, que los jueces tengan vicios o se encuentren subordinados al poder ejecutivo, por lo que la anhelada justicia se convierte en el sueño vitalicio de los justos, entre un brillo al final del túnel o un espejismo del desierto.

Póngase el supuesto de que se cuente con leyes abusivas y/o injustas (legales y constitucionales, como las que declaran un derecho penal del

⁵² J. RAWLS, *A theory of justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 7.

enemigo), entonces la aplicación del Derecho será manifestada como una injusticia social, mas no como el instintivo de la sociedad, y que servirá para la protección de bienes o servicios de los factores económicos o para continuar los privilegios de los que poseen el control del poder político.

Si se realiza un corte de caja se puede observar que la justicia no es pronta, sino que se toma su tiempo por las leyes procesales instauradas y por la falta de interés de los operadores jurisdiccionales para ofrecer y producir medios alternativos para dirimir las diferencias entre las partes y generar decisiones que podrían desahogar la exigibilidad de justicia.

La sumisión de los jueces a los poderes públicos provoca que sus determinaciones estén viciadas. Más allá de la ilegalidad, hay una ilegitimidad teleológica y una mascarada deontológica en el ejercicio del poder público. Se debe mirar que la corrupción invalida la república, porque los intereses privados destruyen la finalidad del espectro público, convirtiendo al país en el botín de los piratas y los mercenarios.

El tema de la gratuidad judicial es relevante. Los recursos financieros y los bienes materiales con los que cuenta la población son despojados cuando se debe contratar a un profesional de las leyes. Asimismo, la preparación del juicio y demás gastos que realiza el abogado para generar u obtener las pruebas son costeadas por el justiciable. ¿Pero eran necesarios todos estos estipendios? ¿Por qué no intentar mejor una mediación que repusiera los derechos de las partes y satisficiera no solo la acción de una de ellas, sino que la solución sea amigable (en la medida de lo posible)? Y aparece un tema que podría reducir la judicialización de muchas pretensiones legales, el tener que pagar por la labor de los jueces, los gastos operarios del tribunal y demás que se devengan por el uso del poder judicial. Y no se trata de una contratación privada de la jurisdicción, sino que el uso de las cortes sea la última opción ante la falta de salidas legales y paralegales, pero en los casos privados ¿debería la sociedad pagar los beneficios personales de los justiciables? Quizá las personas con capacidad económica podrían contribuir por la impartición de la justicia a diferencia de muchas personas en las que el Estado absorbería esos gastos jurisdiccionales.

Se debe repensar la coexistencia de demasiadas leyes en los sistemas normativos, pues algunas se vuelven letra muerta ante su inaplicabilidad y su desconocimiento social es una constante. En muchas ocasiones no solo se trata de ignorancia de la norma, sino de los costes económicos para aplicarla; por lo mismo, se debe reflexionar su abrogación del sistema positivo y, con ello, tornar a un Derecho más democrático y otorgar una mayor seguridad a las personas.

XVI. LOS AUTOCONTROLES DE CALIDAD DE PRODUCCIÓN JURISDICCIONAL

Para finalizar, me gustaría presentar un breve cuento en el que hago un recuento de lo que llamo los «autocontroles de calidad» que deben utilizar los juzgadores para validar y conformar sus decisiones⁵³.

Beatriz acababa de ser nombrada como magistrada federal y, con ello, nuevas responsabilidades, pero, sobre todo, el deber profesional y el corazón ilusionado para impartir una justicia eficiente, pronta e imparcial.

Lo primero que vigilaba en un asunto era la materia y si era su competencia. Lo segundo era verificar si estaba en tiempo el recurso y si había interés del justiciable, si la pretensión tenía sentido y no era un disparate. Después seguía las normas que deberían utilizarse desde la Constitución, tratados internacionales, leyes orgánicas, reglamentos, leyes estatales, ordenanzas, circulares, reglamentos y todo lo relacionado con el tema. Más tarde seleccionaba alguno de los protocolos impuestos a los juzgadores en cuestión de género, violencia, migrantes, ancianos, niños, discapacitados y grupos indígenas, según fuera el caso. Continuaba con la promoción de las pruebas para calificar su licitud y su respectiva valoración conforme a lo que se evidenciaba, teniendo en consideración varios estándares probatorios. Pero debía interpretar la norma y el fin con la que se creó, por lo que también analizaba las exposiciones de motivos de las leyes concurrentes al caso.

Asimismo, es menester conocer toda la jurisprudencia relacionada, pues es una obligación de las autoridades su cumplimiento y obediencia. A su vez, se revisa los precedentes jurisdiccionales de otros países para observar ideas y paradigmas que nutrieran la sentencia. Un elemento que ya era costumbre eran los test de proporcionalidad, bloque de constitucionalidad y convencionalidad, entre otros. Pero aún faltaba checar la doctrina sobre el tema, por lo que las investigaciones se hacían con rigor académico. Este proceso seguía para poder ejercer una ponderación de derechos y considerar la debida interpretación conforme, y cuando había intereses contrapuestos procurar el principio *pro personae*.

En el recuento final, Beatriz analizaba y calculaba las consecuencias políticas, económicas y sociales de su sentencia, y cómo podría afectar a su magistratura.

⁵³ Entre estos se cuenta con test de ponderación, convencionalidad, constitucionalidad, proporcionalidad, parámetros y demás herramientas que ya son parte de la sinapsis jurisdiccional.

Al final del día, Carlos (su novio) le pregunta en la cena: con todos esos elementos, pasos, procesos y demás herramientas jurisdiccionales, ¿se obtiene una mejor justicia?, ¿debe ser tan compleja su construcción?, ¿cuánto tiempo se toma cualquier asunto con esos trámites?, ¿esos pasos alejan o acercan la justicia a las personas? A lo mejor la justicia es como un paseo en bote, en el que el capitán debe tener pericia y conocimientos especializados, en el que puede haber tormentas, bancos de niebla o un viaje de tránsito habitual, pero que procura llegar a buen puerto.

XVII. EPÍLOGO

El Derecho como producto cultural y de convivencia social ha sido asentado por medio de normas, instituciones y operadores jurídicos. Su institucionalización es parte de un proyecto nacional, de una identidad social y de la materialización de los factores reales de poder. Pero qué tan cerca se encuentra que su instrumentación sea útil a cualquier persona, o en qué momento se podría sentir que dejó de ser un reflejo social para ser una utilidad del mercado.

Este trabajo cuestiona qué está sucediendo actualmente con el Derecho desde varias aristas, que no son las únicas pero que exhiben y demuestran que se posee un desencuentro entre la utilidad social, el excesivo formalismo, la multiplicidad de escuelas, operadores jurídicos insensibles y muchos asuntos que deben señalarse, y en una sensata consecuencia y consciencia deben solucionarse.