

# Sobre importancia de las normas constitucionales no escritas en contextos de polarización

ibenconnect.blog/2022/04/sobre-importancia-de-las-normas-constitucionales-no-escritas-en-contextos-de-polarizacion/

Andrea Pozas

19 de abril de 2022

## Columna



La polarización en nuestra región ha promovido que, en un número importante de países, un creciente porcentaje de decisiones gubernamentales se definan en los Tribunales Constitucionales. En esta coyuntura, la independencia de dichas Cortes se vuelve crucial, y al mismo tiempo, el valor de su captura aumenta para el grupo en el poder. En este texto quiero llamar la atención sobre un elemento que ha sido relativamente poco abordado por la literatura sobre las determinantes de la independencia judicial, pero que considero juega un papel importante para comprenderla: las normas no escritas o “las convenciones” constitucionales. Con el fin de hacer clara y concreta la exposición me enfocaré en los nombramientos de jueces constitucionales.

Para ello, primero daré una aproximación a ciertos desafíos que la literatura ha identificado sobre el funcionamiento de los procedimientos de nombramiento a las Cortes Constitucionales. Segundo, expondré de qué forma la incorporación de las normas no escritas a estos estudios puede permitir una mejor compresión de los resultados que *de facto* tienen dichos procedimientos, particularmente *vis-a-vis* la independencia judicial.

Finalmente, daré una ilustración de una convención vinculada al nombramiento de jueces constitucionales en México que operó durante los últimos 25 años y señalaré qué posibles consecuencias tendrá su actual debilitamiento.

El sistema de nombramiento de jueces constitucionales es reconocido como una determinante de la independencia y el desempeño de las y los jueces. La “expansión global del poder judicial” trajo consigo la promulgación de normas formales para el nombramiento de jueces constitucionales que promovieran la independencia judicial e hicieran eficaz la garantía jurisdiccional de la Constitución. Los resultados de estas reformas han sido muy heterogéneos, las altas expectativas que las acompañaron han sido, a menudo, defraudadas. Como han mostrado el derecho comparado y los estudios empíricos, sistemas de nombramiento muy similares han generado resultados ampliamente divergentes. Por ello, no sorprende que dar cuenta de la brecha entre la independencia judicial *de jure* y la independencia *de facto* es una de las cuestiones que más ha ocupado a la investigación en este ámbito.

Por claridad proveo dos definiciones clave. Por independencia judicial *de jure* entiendo el conjunto de incentivos derivados de las normas formales que tienen por objeto producir decisiones judiciales libres de interferencias indebidas. Las normas que rigen el nombramiento de jueces constitucionales son fundamentales para la independencia *vis-a-vis* de las ramas ejecutiva y legislativa. Por independencia *de facto* entiendo las características del proceso decisivo de las y los jueces gracias a las cuales pueden *en la práctica* llegar a una resolución sin experimentar interferencias externas indebidas. Así, cómo se lleva a cabo *de hecho* el nombramiento de jueces constitucionales es una pieza clave de su independencia judicial *de facto* y del papel que juegan en el sistema de frenos y contrapesos.

Ahora bien, en la literatura sobre el tema existe aún un debate importante sobre qué incentivos exactamente resultan de diseños constitucionales que buscan promover la independencia. Particularmente, se ha visto que un mismo procedimiento enmarcado en distintos diseños constitucionales puede generar incentivos dispares. Por ello el énfasis se ha movido de características específicas del diseño, al análisis de los sistemas judiciales de forma integral, por ejemplo, a la forma en que el nombramiento de las y los jueces interactúa con los sueldos que perciben.

La investigación ha subrayado también la importancia de factores contextuales para dar cuenta de la brecha entre independencia *de jure*/Independencia *de facto*. Así, por ejemplo, es claro que un sistema de nombramiento en el que intervienen el ejecutivo y el legislativo produce menos independencia *de facto* en un contexto de gobierno unificado que en uno de gobierno dividido.

Vayamos ahora a las normas no escritas vinculadas al nombramiento de jueces, y al rol que éstas juegan en la independencia judicial. Estas convenciones han sido estudiadas por las diversas ramas disciplinares de la investigación jurídica empírica y han cobrado particular interés en las investigaciones sobre *el declive de las democracias*. Éstas son normas no escritas compartidas entre los actores relevantes que son creadas y sancionadas de una manera no formal.

Las convenciones son importantes porque interactúan con los incentivos contenidos en las constituciones codificadas llenando sus huecos, reforzándolas o debilitándolas, y por tanto son elementos determinantes para comprender cómo se dan los nombramientos en *la práctica*.

Así existen normas no escritas que permiten el funcionamiento de las Constituciones democráticas. Estas normas juegan un papel central muchas veces oculto, y como se ha documentado ampliamente, son las primeras en sucumbir bajo la lógica “suma cero” que permea los contextos de polarización.

Aterríquemos esta discusión teórica en el caso de México. La reforma judicial de 1994 marcó una importante transformación en el sistema de nombramientos de la SCJN. Tras la reforma, las vacantes en la Corte se llenan a partir de la presentación al Senado de una terna de candidatos configurada por el Presidente. El Senado, después de las comparecencias, elige a una persona por medio de una votación de dos terceras partes. Si se rechaza la terna, el Presidente envía una nueva y si esta segunda terna es rechazada, el Presidente elige a algún integrante de la segunda terna.

Este procedimiento tiene importantes huecos normativos. Particularmente, el Presidente no tiene obligación alguna de justificar la elección de sus candidatos o candidatas (ver: [artículo 95 de la Constitución](#)).

Si bien la Constitución establece que los nombramientos “deberán recaer preferentemente entre aquellas personas que hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia o ...en el ejercicio de la actividad jurídica”, no hay normas formales que establezca algún instrumento que permita la verificación de este supuesto (ver: [Informe final Panel internacional de Expertos](#)).

En este vacío jurídico se desarrolló una norma no escrita que promovía un equilibrio entre las y los candidatos con una larga carrera al interior del Poder Judicial de la Federación (PJF), las o los “internos”, y quienes tenían otro perfil profesional (en la academia, despachos privados, etc.) las o los “externos”. Esta norma no escrita fue incorporada a los análisis sobre el comportamiento de la SCJN pero se le identificaba como una determinante de la filosofía judicial de las y los ministros, y no como un factor relevante para la independencia judicial, la cual estaba en gran medida garantizada por un contexto político de fragmentación entre tres partidos políticos.

Así, el perfil interno o externo de las y los ministros se señalaba como una explicación para su filosofía judicial. Se identificaban a las y los “internos” como jueces que tendían a apoyar “el legalismo” donde el texto de la Constitución Nacional es el foco y que tienen a ser escépticos de la “expansión del razonamiento jurídico” fuera de este marco textual. Por otro lado, se consideraba que los externos tendían a ser jueces con interpretaciones más abiertas al Derecho Internacional y para quienes las consecuencias políticas o sociales de sus decisiones adquirían mayor peso.

La vinculación entre la filosofía judicial y el perfil interno o externo de las y los ministros no es fortuita. En México el PJF es una organización altamente jerárquica, y cerrada, que había sido foco de críticas por nepotismo y por prácticas clientelares.

Ahora bien, la elección de López Obrador, quién por primera vez desde 1997 goza de un gobierno unificado, transformó la relación de las ramas electas con el PJF. Con este cambio la convención que había mantenido un equilibrio entre internos y externos se ignoró. Ninguno de los cuatro nombramientos efectuados desde 2018 ha recaído en una persona con una carrera al interior del PJF. Estos nombramientos se enmarcan en un contexto de creciente concentración del poder en el Presidente y las fuerzas armadas y de polarización política. En este contexto la norma de equilibrio entre el nombramiento de internos y externos adquiere una nueva luz en donde su relación con la independencia judicial se pone de manifiesto.

No es una coincidencia que el Presidente haya encontrado en personas externas al PJF su apuesta para el apoyo de su proyecto político. En qué medida esta apuesta rendirá frutos está aún por verse. Es probable que algunas personas con una carrera ya consolidada exhiban más independencia de la que él esperaba. Lo que sí podemos apreciar ahora es que el equilibrio entre internos y externos no tenía como única consecuencia que parte de la Corte tuviera una aproximación menos interpretativista, sino que también, que al formar parte de esta organización estuvieran mejor situados para resistir a los embates por cooptación y/o amedrentamiento por parte del poder político.

De esta forma, conocer esta convención es necesario para entender cómo *de facto* funcionaron durante dos décadas los nombramientos a la SCJN, y cómo estos influyeron en la independencia del PJF *vis-a-vis* el ejecutivo. De igual manera, saber que esta norma se debilitado será un factor importante para poder dar cuenta de lo que ha ocurrido y está ocurriendo respecto a esta importante relación.