

**CÓMO DECIDEN LAS ÉLITES JUDICIALES EN MATERIA
DE DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DE MUJERES
INDÍGENAS**

Ana Karla González Lobo

Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente
ITESO

Eje: Poder Judicial, Judicialización de la Política, Justicia
Transicional

Cómo deciden las élites judiciales en materia de derechos político-electorales de mujeres indígenas

Trabajo preparado para su presentación en el XI Congreso Latinoamericano de Ciencia Política (ALACIP), organizado conjuntamente por la Asociación Latinoamericana de Ciencia Política y la Asociación Chilena de Ciencia Política, Santiago, Chile, 21, 22 y 23 de julio 2022.

Resumen: Con el avance de la política, juezas y jueces se han convertido en piezas claves en un Estado democrático de derecho. Cortes y tribunales constitucionales ya no están para permanecer ajenas a los conflictos políticos; su rol cada vez más exige que velen por las reglas de la democracia, por los principios de derecho y ofrezcan una mejor comprensión y expansión de ellos a otras esferas de la sociedad que se mantuvieron segregadas. En ese ámbito político, este estudio discute cómo las personas juzgadoras pueden proteger los derechos político-electorales de un grupo como las mujeres indígenas. La discusión se sustenta en dos escuelas de pensamiento jurídico-filosófico: el positivismo y el no positivismo. Se utilizan los datos recogidos en dos cuestionarios respondidos por Magistradas y Magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal para explorar qué tipo de cultura legal modela más el comportamiento de estas élites judiciales y cuál tiende a favorecer más la protección de derechos político-electorales de grupos históricamente vulnerados como las mujeres indígenas.

Sumario: I. Introducción; II. Discusión teórica; III. Instrumentos de investigación; IV. Hallazgos; V. Discusión Final; VI. Referencias.

I. Introducción

Recientemente, desde la ciencia política y la filosofía del derecho, se ha despertado un interés muy particular sobre los diversos roles que juegan las y los juzgadores en los sistemas políticos, particularmente llama la atención su fortalecimiento y expansión en las democracias modernas. Sin embargo, hay que decir que esta elite conforma una de las instituciones que se percibe entre las más burocráticas y

jerárquicas en los sistemas políticos, y no siempre contribuye a la expansión de derechos o del régimen democrático, sino que también contribuye al mantenimiento del status quo. De tal manera que, se puede decir que la institución judicial suele asumir dos roles distintos, uno de tipo protectora que se entiende como aquella que vela por los derechos y las reglas de juego democrático; y un rol ejecutor, que se mantiene fiel a la norma, aunque ello signifique que en ocasiones se conserven situaciones desiguales o injustas, que contribuyen a conservar los sistemas de privilegios y subordinación.

Bajo un rol proteccionista, las instituciones judiciales (Juzgados, Tribunales de Justicia o Constitucionales) pueden ser vistas también como una tendencia objetiva que ha innovado el sistema de justicia. Juezas y jueces en diversos países se han convertido en piezas claves en los procesos políticos. Algunos autores como Guarnieri y Pederzoli (1999), Lisa Hilbink (2014), Stefano Rodotà (2014) o Roberto Saba (2020) (por mencionar algunos) sostienen que las personas juzgadoras pueden ser árbitros para dirimir diversos conflictos, vigilantes de las reglas del sistema democrático o protectores de abusos de poder. Eso ha permitido que las elites judiciales adquieran un rol preponderante para el fortalecimiento o transformación de un sistema de gobierno e incluso de una sociedad.

Se puede mencionar un repertorio muy amplio de lo que hoy se exige de la función jurisdiccional y, debido a ello, las elites judiciales se han convertido en un fenómeno ligado al cambio social y político que es observable en diversas situaciones y problemáticas sociales. Cuando se emite una decisión judicial se operacionaliza la norma y ésta adquiere el significado que un juez o jueza le da (Dworkin, 2008). Eso ha permitido que el poder judicial (Juzgados, Tribunales y Cortes) y el comportamiento de sus juzgadores cobre una importancia social y política significativa en los estudios más recientes de la democracia, el Estado de derecho o el constitucionalismo.

En un rol ejecutor, las personas juzgadoras asumen su función como si fueran administradores del derecho o de la ley, aplican la norma a un caso particular de un modo mecánico, sin profundizar en el fondo de las problemáticas, ni en los contenidos de los principios constitucionales (Guarnieri y Pederzoli, 1999; Atienza y Ruiz Manero, 2007; Saba, 2020). El sustento de los argumentos, bajo una función ejecutora, se basa principalmente en que la fidelidad a la norma brinda certeza y seguridad jurídica, aunque su aplicación en un sentido estricto pueda ser injusto (Atienza; 2011; Alexy, 2002).

Debido a esos roles judiciales, se han realizado diversos estudios sobre el comportamiento de las personas juzgadoras para tratar de explicar qué es lo que incide en sus decisiones judiciales y así se ha visto cómo su comportamiento judicial es guiado por una diversidad de factores. Mi investigación explora el comportamiento de juezas y jueces derivado de su cultura legal, esto es, cómo sus ideas y creencias en torno al derecho y la práctica jurídica inciden en la toma de sus decisiones, particularmente en lo que se refiere a situaciones que involucran derechos político-electorales de mujeres indígenas.

En la investigación se recurre a tres instrumentos de campo, sin embargo, en este texto se expone principalmente el primero de los instrumentos, una encuesta que se hizo a personas juzgadoras del Poder Judicial Federal en México, pero de la cual sólo se analizan las respuestas de Magistradas y Magistrados en materia electoral federal. También se recogen algunos hallazgos de un segundo cuestionario, una entrevista a profundidad que se realiza únicamente en Magistradas y Magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal (en adelante TEPJF). Estos últimos hallazgos, básicamente son abordados para corroborar o contrastar algunos puntos que se tratan en las encuestas.

El objetivo de este primer análisis básicamente se centra en observar la cultura legal de elites judiciales electorales, en lo que se refiere a las ideas que manifiestan con respecto a la política, la igualdad, la justicia, la tutela de derechos de personas

indígenas y el tipo de fuentes en las cuales dicen que basan sus decisiones. Es por lo anterior que, este primer documento trata en una primera parte una breve discusión sobre la teoría que está guiando el estudio y que se relaciona con las concepciones jurídicas que modelan las ideas de juezas y jueces. Se sigue con una descripción del primer instrumento utilizado y posteriormente se presentan algunos de los hallazgos, para cerrar con una breve discusión de los mismos.

II. Discusión teórica

Quienes han abordado la cultura legal argumentan que las ideas, valores, creencias o actitudes de las personas juzgadoras tienen un rol importante en su comportamiento judicial (Aguar, 2019). Son pocos los estudios que han considerado el papel que juega la cultura legal en las decisiones de juezas y jueces, sin embargo, en años recientes se ha incrementado el análisis de este factor en el comportamiento de las personas juzgadoras, en gran medida por decisiones que han cambiado el *status quo* y que muestran un cierto activismo judicial¹.

En un estudio reciente, se analizó cómo las ideas y creencias de las personas juzgadoras, en torno al derecho y la práctica jurídica, se modelan y nutren en dos momentos: en la educación universitaria y en la práctica jurídica (Aguar y Torres, 2022). Dicho estudio ha guiado en gran medida el enfoque en esta investigación, debido a que se ha podido observar cómo una juzgadoras y juzgadores en el ámbito político-electoral configuran y reproducen una determinada concepción jurídica, que se forma en una o más escuelas de pensamiento jurídico-filosófico. En México, por lo general la formación en derecho responde a dos escuelas de pensamiento, una de tipo positivista y una no positivista o post-positivista.

En este estudio se piensa que, las personas juzgadoras, con una cultura legal mayormente positivista, favorecen ese rol ejecutor, y protegen en menor medida los derechos político-electorales de grupos históricamente discriminados (como las

¹ El activismo judicial puede ser entendido como la modificación/interpretación del derecho que hacen juezas y jueces para actualizarlo y adecuarlo a necesidades de la sociales y a la protección de derechos humanos (Maralino, 2010: 29).

mujeres indígenas), porque se limitan a aplicar una visión mecánica de la ley, aunque con ella se perpetúen injusticias o desigualdades estructurales. En tanto que, las personas juzgadoras con una cultura legal no positivista, favorecen el rol proteccionista, porque comprenden el derecho como una práctica social compleja y pueden profundizar en los principios constitucionales y ofrecer la mejor comprensión posible de ellos (Atienza y Ruiz Manero, 2007). Esta última visión, que contribuye de mejor forma a combatir injusticias y desigualdades que se perpetuaban a través de una norma, ha sido de alguna manera el motor de la implementación de las acciones afirmativas en favor de grupos sociales que históricamente han sido invisibilizados.

Es por lo anterior, que el análisis de la cultura legal de las elites judiciales toma tal importancia. En la universidad -que es en donde las y los profesionales del derecho comienzan a configurar sus ideas sobre el derecho- dependiendo del tipo de institución educativa, del contexto, del tiempo y del lugar, depende el tipo de enseñanza que las elites judiciales adquirieron (Aguiar y Torres, 2022). En las escuelas de derecho, juezas y jueces aprenden las teorías fundamentales y tradicionales del derecho, sus orígenes, los diversos ámbitos de acción. También se adentran en el marco legal tales como la ley suprema (la Constitución), los códigos, las leyes nacionales y subnacionales, cómo se usa, cómo se interpretan, quiénes lo crean, quiénes lo aplican y quiénes vigilan su cumplimiento (Lista y Brigido, 2002).

Sin embargo, lo más relevante del tránsito de las elites judiciales por las facultades de derecho es qué metodología les fue enseñada, es decir, qué modelo educativo y qué concepción jurídica predominó en ese modelo educativo. En México, se pueden identificar dos modelos: Un modelo educativo que se imparte mediante cátedra magistral y se recurre a la memorización de textos legales (metodologías pasivas); y un segundo modelo educativo que se imparte con el estudio de casos y en el cual se privilegia la discusión horizontal entre estudiantes y profesores (metodologías activas) (Aguiar y Torres, 2022: 9).

En el modelo uno, basado en metodologías pasivas, se lleva a cabo un proceso de aprendizaje en el cual la o el profesor es la máxima autoridad en el aula, su clase es impartida como una cátedra, hay poca interacción entre éste y el alumnado y el método principal para el aprendizaje es la memorización de los textos legales (Lista y Brigido, 2002). Lo problemático de este modelo es que forma estudiantes acríticos, se les enseña a ser ejecutores de la ley, no profundizan en los fundamentos y contenidos del derecho, no adquieren capacidades y posturas críticas a las teorías y concepciones clásicas del derecho, mucho menos cuestionan si tales posiciones tradicionales son útiles en la actualidad (Aguiar y Torres, 2022).

El modelo educativo dos, que se basa en metodologías activas, también enseña cuáles son los textos legales, pero fomentan el desarrollo de habilidades críticas, invitan a las y los estudiantes a cuestionar las teorías de derecho, sus fundamentos, se proponen casos de estudio y se reta a alumnas y alumnos a pensar en distintas formas de solución. La idea de este modelo es inculcar en las y los estudiantes capacidades discursivas y argumentativas (Aguiar y Torres, 2022). Se espera que quienes transitan por ese modelo de enseñanza, asuman una postura más crítica frente al derecho y ello incide en que se juzguen los asuntos con perspectivas más amplias.

La otra cuestión, que no es menos importante, es el tipo de concepción jurídica que predominó en la enseñanza del derecho, pueden inculcarse concepciones de tipo positivistas y no positivistas. Esas concepciones y el tipo de metodología de enseñanza pueden ser determinantes en la cultura legal de las elites judiciales y determinar también si su comportamiento es de tipo positivista o no positivista. ¿Qué podría significar una concepción jurídica positivista y una no positivista?

Concepciones jurídicas de tipo positivistas

En la lógica positivista se da preferencia a normas de procedimiento, a formalismos, en lugar de tratar de ir al fondo de las problemáticas que se les presentan y brindar

una mejor comprensión sobre los fundamentos de derecho o sobre los contenidos y principios constitucionales (Saba, 2020). Sin embargo, no siempre (y menos en nuestros días) a las y los juzgadores les gusta ser vistos como jueces positivistas. Muchos jueces y juezas podrán decir que no son positivistas, pueden anunciarse incluso como progresistas, pero al momento emitir sus decisiones judiciales puede verse si su comportamiento es o no positivista a partir de identificar determinados rasgos que señaló a continuación (Atienza, 2011).

Entre los rasgos más tradicionales que caracterizan a juezas y jueces positivistas está el que los considera como jueces ejecutores de ley, de hacer lo que la ley indica, de ahí la frase célebre “el juez es la boca de la ley” de Montesquieu (1906). La concepción de un juez ejecutor no alcanza a describir lo que realmente significa la labor jurisdiccional y es una concepción muy distante de las funciones que realmente desempeña. Esa tradición del juez como un ejecutor fiel de la norma, es la concepción más clásica del rol jurisdiccional y es la más longeva en los sistemas del *civil law*, (Guarnieri y Pederzoli, 1999).

Sin embargo, es precisamente en los Estados Unidos en donde la concepción clásica se ha deconstruido de forma más rápida, en gran medida debido a las teorías críticas que surgen del realismo jurídico, que pone en evidencia la necesidad del rol creativo del juzgador en la formulación de las normas. Al reconocerse esa capacidad jurisdiccional, se reconoce también el carácter político y moral que es inherente al derecho y, por lo tanto, al rol de jueces y juezas constitucionales (Saba, 2020), pero que son negadas en el positivismo.

El o la jueza positivista aplica el derecho a partir de un hecho histórico y cree que nunca depende de la moralidad, pues buscará argumentar a favor de la tesis de separación entre derecho y moral (Alexy, 2002). En ese sentido, sus respuestas sobre lo que es la ley se basan en hechos históricos y en lo que prescribe la norma, mostrando así su fidelidad a la misma. Sin embargo, también se puede dar el caso de un juzgador sostenga que está resolviendo cuestiones de derecho, pero si en su

motivación si lo que discute es como debería ser el derecho, entonces su desacuerdo no tiene relación con cuestiones de derecho (aunque eso argumente), su desacuerdo es con cuestiones de fidelidad a la ley y de moralidad (aunque lo niegue expresamente) (Dworkin, 2008).

En una concepción tradicional del rol judicial, toda persona juzgadora debería aplicar la ley en su estricto sentido, seguir el espíritu del legislador en lugar de buscar mejorarla (Dworkin, 2008). Es posible que el o la juzgadora no estén de acuerdo con lo que dice la ley, incluso la pueden considerar injusta, pero a pesar de ello, la hacen cumplir. Así, un juez positivista es un juez rígido, mecánico, prefiere hacer cumplir la ley a pesar de que persista la injusticia, la desigualdad, la inferioridad o la ineficiencia que esa ley provoca (Alexy, 2002; Atienza y Ruiz Manero, 2007).

Asimismo, Atienza (2011) señala que para desenmascarar a las y los juzgadores con concepciones jurídicas positivistas, también pueden identificar otros elementos en las decisiones judiciales tales como el empleo de un lenguaje evasivo, no claro, un lenguaje que a su parecer sólo comprenderían las y los profesionales en derecho, pero que tampoco es comprendido por estos. Esa manera de redactar una sentencia no necesariamente desfavorece un derecho, pero hace muy difícil su comprensión y en cierta medida puede incidir en impedir el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, si la decisión no es favorable para alguna de las partes.

Los argumentos en las decisiones de tipo positivistas están cargados de tecnicismos innecesarios. Por ejemplo, hay un énfasis en considerar las cuestiones procesales y por ello se abusa del uso de valores como el debido proceso o la seguridad jurídica, que son valores importantes pero su carácter es instrumental y se ponderan por encima de valores como las libertades o la igualdad. Se abusa del uso de virtudes del rol judicial como la profesionalidad, la objetividad o la neutralidad para ocultar precisamente la falta de tales virtudes y de otras como la independencia y la imparcialidad. Asimismo, se usan expresiones retóricas como “ha quedado

meridianamente claro”, “resulta incontrovertible de todo punto”, porque con su uso consideran se descartan las dudas (Atienza, 2011: 200).

Cuando una decisión es positivista, y que se esconde bajo un estricto formalismo y un respeto riguroso a procedimientos, es difícil identificar cuál es el fondo del asunto. En ese tipo de decisiones hay una preferencia por el uso textual de normas, que además de estar descontextualizadas siguen sin atender a cuestiones de fondo. Atienza señala que no es fácil ser un formalista todo el tiempo, hay una tendencia de incurrir en contradicción y eso se puede observar revisando varias resoluciones del mismo juzgador (Atienza, 2011).

Bajo una concepción jurídica positivista se incluyen elementos de autoridad, pero raramente elementos axiológicos y de efectividad social, porque hay un énfasis en aplicar las normas de modo descriptivo y que, por lo tanto, no se reconoce “al derecho como una práctica social compleja” (Atienza y Ruiz Manero, 2007: 7). Al hacer análisis descriptivos de hechos que son materia de impugnación, no se comprenden esos fenómenos y problemáticas complejas que surgen en la sociedad, como grupos históricamente subrepresentados, sistemas normativos distintos a los sistemas jurídicos ordinarios (como los sistemas normativos indígenas), y necesidades particulares de las partes en un juicio o de los impactos de sus decisiones en una sociedad, así sea para mantener un cierto estado de las cosas, que significa mantener una desigualdad estructural o injusticias sociales.

Concepciones jurídicas no positivistas

Una concepción no positivista de juezas y jueces, se espera que la norma sea interpretada cuando sea necesario (puede ser ante un caso difícil en donde la norma perpetua la desigualdad y la injusticia y sea necesaria la corrección de la misma), y ello contribuya a cambiar el status quo. Bajo esta concepción las personas juzgadoras asumen un rol más activo en las democracias modernas. Es una posición que se contrapone a la teoría de Kelsen (2018), quien ya había establecido que el juez no es, ni nunca puede ser, un portavoz de la voluntad de legisladores,

porque sus decisiones no son puramente declarativas ni se pueden agotar con mera enunciación de la norma.

Ese ejercicio de interpretación se hace con la ponderación de principios y a partir de ahí se crea derecho. De tal manera que, con la decisión judicial se está haciendo una norma jurídica individual y un argumento de corrección (Alexy, 2002). Ahí se puede observar cómo la función judicial tiene un núcleo político que puede variar con el cambio de contexto y el tipo de disposiciones normativas existentes en un lugar y en un tiempo concreto, que exige del juez una creatividad muy particular. Una ley estable, coherente y de planteamiento simple requiere menos de la creatividad del juzgador. Sin embargo, en las democracias modernas de tipo occidental, en donde se expande la idea del Estado bienestar, se expande también la función jurisdiccional porque no existen áreas en donde no se requiera de una decisión judicial “allí donde hay una ley, allí hay también un juez que en cualquier momento puede verse investido de la tarea de interpretarla y aplicarla” (Guarnieri y Pederzoli, 1999: 18).

Con la expansión de las competencias del juez, surge la necesidad de comprender el rol de la justicia. El crecimiento cuantitativo del derecho implica también un cambio cualitativo, que requiere del juzgador una mayor intervención y una mirada que ya no se centre en el pasado, es decir, en esos hechos históricos, sino que se comprenda que su responsabilidad es considerar las consecuencias que pueden tener sus decisiones. Al considerarse eso, juezas y jueces pueden plantearse diversas soluciones alternativas, y formar de evaluar cada caso y tener una mirada prospectiva en lugar de retrospectiva.

Un juez no positivista prefiere la justicia a la ley, busca combatir las situaciones de desigualdad estructural, de discriminación, aunque la norma indique lo contrario. Le importa la injusticia y le importa la ineficiencia, contrario a lo que al juez rígido y mecánico (Alexy, 2002). Eso conlleva a que juezas y jueces asuman un rol

jurisdiccional que vele y esté alerta de los ideales democráticos y constitucionales, y que lo reencaucen cuando este se desvíe o se pierda.

Las y los juzgadores que tienen una visión no positivista o constitucionalista post positivista proponen en sus decisiones judiciales una mejor comprensión del derecho y de sus fundamentos, porque en principio lo asumen como una práctica social compleja y niegan su sentido descriptivo, es decir, asumen una posición opuesta a la de un positivista formalista. Eso permite que las personas juzgadoras profundicen en los principios democráticos y constitucionales y que los ponderan por encima de cuestiones procedimentales.

Al sumirse las anteriores características del derecho, se reconoce el peso político y moral que se tiene en el rol jurisdiccional (Atienza y Ruiz Manero, 2007; Saba, 2020). Entonces se reconoce que juezas y jueces tienen un deber comunitario, que contribuyen a la construcción de sociedades más igualitarias. Debido a ello reconocen a su vez un mayor número de fuentes de derecho, la validez de sistemas normativos de distintos a los sistemas jurídicos ordinarios² y la necesidad de hacerse de llegar de otros estudios de expertos para conocer mejor un caso y decidir de manera informada³.

Asimismo, al evitar la lectura mecánica de los hechos, pueden permitirse observar las necesidades de las partes en un juicio, que conlleva a que busquen que esas partes estén debidamente asistidas por un defensor o traductor (en caso de que los necesiten) para que aplique una tutela judicial más efectiva. Atendiendo a esa misma garantía de tutela judicial efectiva y acceso a la justicia, una figura como la

² Entre las diversas fuentes de derecho se encuentran la ley positiva nacional, principios de derecho, normas convencionales, criterios de cortes constitucionales (nacionales e internacionales), así como los sistemas normativos indígenas.

³ Los estudios de expertos a los que se refieren son los llamados peritajes, en los diversos juicios se pueden pedir peritos en determinada materia para que orienten mejor el contexto de un caso, los hechos, o el valor de una prueba. Cuando los asuntos son en materia de derechos indígenas, es pertinente solicitar un peritaje antropológico, que contribuya a reconocer y apoyar las necesidades de los grupos étnicos nacionales, lo que contribuye al fortalecimiento de esas identidades culturales (Kymlicka, 2017).

suplencia de la deficiencia de la queja podría tener alcances significativos particularmente en grupos que han sido marginados y que enfrentan mayores dificultades de acceder a una asesoría jurídica. Bajo una visión más completa de las problemáticas sociales y un entendimiento pleno de que no se puede tratar igual a los desiguales, la suplencia de la deficiencia de la queja podría recuperar los agravios que alegan las partes en un proceso de los hechos que narran o cualquier otra constancia que obre en un expediente, para de ahí las personas juzgadoras (quienes sí son expertas en el derecho) extraigan los derechos que se alegan vulnerados.⁴

También, se abren a las posibilidades de analizar los hechos a través de distintas metodologías o categorías de análisis (como la perspectiva de género o la interculturalidad) que les permitan a juezas y jueces entender el problema o conflicto que se les presenta de una manera más integral y llegando al fondo del asunto. Esas metodologías de análisis tienen su sustento en el principio de igualdad, que reconoce las diferencias entre las personas y deconstruye las ideas que producen su discriminación (Cerva y Ansolabehere, 2010)⁵. A partir de categorías y argumentos como los aquí señalados, se diseñaron los cuestionarios que se aplicaron a Magistradas y Magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, cuyos hallazgos se presentan más adelante.

⁴ El derecho a la tutela judicial efectiva es uno de los derechos más relevantes para las personas cuando éstas buscan acceder al sistema justicia por algún conflicto y la vulneración o protección de un derecho. Básicamente consiste en garantizar derechos al debido proceso, entre ellas su derecho a la asistencia jurídica debida y oportuna para garantizar así la reparación, restitución o ejercicio del derecho que se reclama. La tutela judicial efectiva conlleva a garantizar a las personas el acceso a la justicia (García Pino y Contreras Vázquez, 2013). En ese marco se ha instituido la figura jurídica de suplencia de la deficiencia de la queja, con la finalidad de garantizar a las personas la observancia y valoración plena de sus derechos reclamados, para que en caso de que se demuestre la existencia de alguna vulneración ésta pueda ser corregida. La suplencia de la queja consiste en advertir que hay un mayor número de agravios que los que se alegan, se pueden recuperar de una revisión minuciosa del expediente y de los hechos que se demandan o denuncian.

⁵ Algunas de las categorías personales que tienden a discriminar son origen étnico o nacional, la edad, el sexo, el género, alguna discapacidad o condición particular de salud, condición social o económica, las creencias religiosas, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra característica que atente contra la dignidad humana, todas están específicamente mencionadas en el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero también pueden ser encontradas en una diversidad de instrumentos internacionales.

III. Instrumentos de investigación

Para observar y comprender la cultura legal de las elites judiciales en la protección de derechos político-electoral en México, en este estudio, se determinó hacerlo en el caso de mujeres indígenas porque en ellas hay una intersección de factores que complejizan la labor jurisdiccional. En una mujer indígena pueden confluir una serie de características tales como el sexo, la etnia, el estatus socioeconómico o el grado de escolaridad, que las colocan en una situación de mayor vulnerabilidad con respecto a otros grupos que históricamente han sido marginados. Para poder combatir las desigualdades que este grupo ha vivido, en la labor jurisdiccional se ha tenido que desarrollar una línea jurisprudencial que considera varias categorías de análisis y herramientas que permiten una mayor comprensión de los principios de derecho, si se analiza este grupo en particular, puede observarse la cultura legal de juezas y jueces y cómo ella incide en el uso de estas herramientas y en la comprensión de las problemáticas sociales.

Elegida la población a observar, se utilizaron dos cuestionarios. El primero es una encuesta que forma parte del proyecto de investigación “Poder judicial y derechos indígenas en México”⁶. Dicho cuestionario fue elaborado en seis secciones: 1) familia y origen, 2) estudios y formación, 3) trayectoria judicial, 4) ideas sobre la práctica judicial, 5) independencia y 6) variables socio-demográficas. En concreto su objetivo fue conocer cómo juezas y jueces federales en México comprenden su rol en distintos ámbitos del derecho, cuáles son las fuentes del derecho en las que basan sus decisiones judiciales o qué tipo factores externos e internos inciden en ellas.

De esa encuesta, se presentan únicamente los datos relativos a las concepciones jurídicas (ideas sobre la práctica judicial) de las personas juzgadoras en el ámbito político-electoral, y un poco sobre cómo nutren esas concepciones, por lo que se seleccionaron algunos de los datos de la sección de estudios y formación, así como

⁶ El cuestionario es elaborado por la Dra. Azul Aguiar Aguilar (2020), con la contribución de la Dra. Ilse Torres. El Proyecto se inserta en el Observatorio de Justicia del ITESO.

parte de la trayectoria judicial. El análisis de esos datos se va cruzando con algunos de los hallazgos del segundo cuestionario, una entrevista semiestructurada a Magistradas y Magistrados del TEPJF que busca observar, de modo más particular, cómo se vincula la cultura legal con la función judicial en el ámbito electoral y en el caso concreto de mujeres indígenas.

IV. Hallazgos

Los primeros hallazgos que se analizan, para conocer la cultura legal de Magistradas y Magistrados electorales en casos que involucran derechos indígenas, son los relativos a la encuesta. Esto para indagar en un primer momento el tipo de formación y enseñanza del derecho, su trayectoria judicial y cómo eso ha modelado sus ideas sobre el derecho y la práctica jurídica en asuntos que involucran derechos indígenas. De ese primer análisis surge el segundo cuestionario para indagar a mayor profundidad cómo se protegen los derechos de mujeres indígenas.

En lo que se refiere a la investigación del tipo de formación en derecho que las elites judiciales en el ámbito político electoral tuvieron, se dijo lo siguiente. El 62% de las personas encuestadas refirió que curso sus estudios universitarios en la capital del país, de las cuales el 53% fueron en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). El resto de las personas encuestadas cursaron sus estudios en la Universidad de Guadalajara, en la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, en la Universidad Panamericana, en el ITAM, en la Universidad Regional del Sureste, en la Universidad La Salle y en la Universidad Autónoma de Baja California.

En el caso de los posgrados incrementa la tendencia a cursar los estudios en la capital del país en un 72%, con predilección por la UNAM con un 36%, el resto de ese 72% curso su posgrado en universidades como FLACSO México, la Universidad Panamericana y el CIDE, ello tanto en maestría como en doctorado. El 28% restante de las personas que cursaron un posgrado lo hicieron en la Universidad Tolteca de

México, el Instituto Prisciliano Sanchez del Tribunal Electoral del Estado de Jalisco, el Instituto Nacional de Derecho Penal y la Sorbona de Paris.

Al preguntarse el modelo educativo que prevaleció en sus estudios de licenciatura y posgrado, recordemos que se dieron dos opciones: 1. Modelo educativo mediante cátedra magistral y memorización de textos legales (basado en el modelo de enseñanza que se centra en metodologías pasivas) y 2. Modelo educativo que privilegia el aprendizaje a través de estudios de caso y discusión horizontal entre estudiantes y profesor/a (que se basa en el modelo de enseñanza de metodologías activas) (Aguar y Torres, 2022).

Así, el 65% de las personas encuestadas señalaron que el “modelo cátedra magistral” fue el que privilegio en los estudios de licenciatura. Sin embargo, llama la atención que, en el caso exclusivo de la UNAM (en la cual el 53% manifestó haber cursado su licenciatura), las opiniones están divididas casi por mitad, ya que un 44% (del 53% que cursó los estudios en la UNAM) refirió que el modelo de estudios que privilegio su enseñanza fue el de cátedra magistral, y el 56% restante señaló que fue el “modelo de estudios de caso y discusión horizontal” el que dominó sus estudios.

Podríamos pensar que eso se debe al año en el cursaron sus estudios, pero lo cierto es que, del mismo 56% que respondió que el “modelo de estudios de caso y discusión horizontal” privilegio sus estudios en su licenciatura en la UNAM, un 20% cursó su carrera en la década de los ochenta y el 80% la cursaron en los noventa. El 44% que indicó el modelo de cátedra magistral, como el que privilegio sus estudios de licenciatura en la UNAM, la mitad cursaron la carrera en la década de los ochenta; y la otra mitad después de los noventa.

Lo cierto es que el modelo educativo de la UNAM, particularmente en esos años y antes de la reforma en materia de derechos humanos, no tiende a basarse en el modelo educativo de estudios de caso y discusión horizontal entre profesores y

alumnado. De manera que, se presumiría que la mayoría de las personas encuestadas (a pesar de que el 56% sostiene haber recibido otro tipo de enseñanza en la licenciatura) recibieron una formación en la abogacía basada en un modelo de enseñanza pasiva. Dicha situación no cambia en los estudios de posgrado, ya que las personas que refirieron contar con tales estudios, el 65% señaló haber llevado el mismo modelo de enseñanza; y únicamente el 21%, el modelo basado en metodologías activas. Ahora bien, con el segundo cuestionario, se expuso esta contradicción en las respuestas de las encuestas, y en este segundo momento lo que se dijo fue que en la UNAM la el método de enseñanza que prevaleció hasta antes de la reforma constitucional de 2011 fue pasivo.

Como se estableció en el apartado teórico, se espera que un modelo de enseñanza basado en metodologías pasivas sea favorable para la formación de una concepción positivista del derecho. En tanto que, el modelo de enseñanza basado en metodologías activas, se espera favorezca a concepciones no positivistas del derecho. Eso sería así atendiendo a que, el modelo de enseñanza basado en metodologías pasivas (tal y como se discute en el capítulo I), tiene como principales características la enseñanza doctrinal; el estudio meramente descriptivo y genérico del derecho a través de la memorización de textos y normas; y la escucha pasiva de lo que dice una persona que tiene mayor conocimiento y experiencia, que conlleva a una actitud de respeto por la autoridad. Por lo tanto, no se fomenta la reflexión sobre los ordenamientos jurídicos, ni el reconocimiento del derecho como una práctica social compleja, ni se desarrollan habilidades críticas, discursivas y argumentativas (Ceballos, 2020).

Si la hipótesis señalada en el párrafo que antecede fuera correcta, entonces podríamos decir (únicamente con base en los resultados de los modelos educativos), que el TEPJF se integra en su mayoría por magistradas y magistrados con concepciones jurídicas positivistas. Sin embargo, también la práctica jurídica y el constante dinamismo del derecho, así como del mundo político y social pueden incidir en modelar la cultura legal de magistradas y magistrados en el TEPJF.

En lo que se refiere a su trayectoria judicial, los resultados muestran que magistrados y magistrados del TEPJF cuentan con una amplia experiencia en el Poder Judicial. Esa trayectoria permite a juzgadoras y juzgadores adquirir una concepción más instrumental del derecho, que en cierta medida puede contribuir a abandonar la idea de dar al derecho únicamente un carácter descriptivo. Algunos de los llamados casos difíciles darán cuenta de que no siempre habrá una norma que ha de decidir un caso, y ello exigirá una participación más activa de las personas juzgadoras en lo que se refiere a la ponderación, interpretación y creación de normas (Guarnieri y Pederzoli, 1999).

Asimismo, en la medida que se amplían los campos de acción del derecho, que surgen nuevas problemáticas y que se dictan un mayor número de leyes (y que por lo tanto se incrementan las contradicciones). Ya no es posible que se dé una simple lógica deductiva del derecho, es decir, de alguna manera la práctica mecanicista ya no es suficiente y hay que llevar el análisis a un segundo nivel (Guarnieri y Pederzoli, 1999; Atienza y Ruiz Manero, 2007).

Lo anterior posiblemente constituye o ha constituido un reto para magistradas y magistrados del TEPJF, en el sentido de que, si venían de una enseñanza del derecho basado en metodologías pasivas, al enfrentarse a casos difíciles y altas demandas sociales y políticas pues se enfrentan a que lo aprendido en las universidades no es suficiente para resolver un caso. Pero lo relevante los resultados de los datos, es que el modelo educativo, si bien incide en su cultura legal de magistradas y magistrados, puede ser que no sea determinante, hay otros factores como la práctica judicial, que pueden estar modelando el comportamiento judicial en otra dirección.

En lo que se refiere a la sección relativa a las ideas sobre la práctica judicial, de las Magistradas y Magistrados de TEPJF respondieron preguntas orientadas a conocer lo que creen es la práctica judicial; las fuentes de derecho que utilizan para fundar

sus decisiones; qué tanta relevancia tiene para ellas determinadas fuentes; las opiniones que tienen de la relación entre el derecho consuetudinario y los derechos normativos internos; y sus ideas sobre otros derechos y libertades.

Para conocer sus ideas sobre cuál es rol de una persona juzgadora, se exponen una serie de supuestos para que manifiesten que tanto coinciden, así los resultados que más se destacan son los siguientes. Un 53% de las personas encuestadas se inclinan hacia el supuesto de que el rol de una persona juzgadora consiste en ser actores políticos, el resto se divide entre tener una postura neutral, o bien, están en desacuerdo con que las y los jueces sean actores políticos. El 70%, se muestra a favor de que las personas juzgadoras están facultadas para crear y desarrollar normas. Sin embargo, no ocurre así si se les pregunta si consideran que la persona juzgadora tiene hoy un rol legislador, en este punto el 47% estaría en desacuerdo.

En cambio, en lo que toca a su rol como un poder que contribuye a la formación de una comunidad de iguales y a erradicar las desigualdades estructurales, hay una clara posición a favor con un 94% de que esa constituye una de las tareas del poder judicial. Es importante precisar aquí que el TEPJF, particularmente la Sala Superior, en diversas sentencias ha ofrecido una mejor comprensión del concepto de igualdad, inclinándose hacia la noción de igualdad sustantiva que propone la CEDAW⁷. Aunque hay quienes en su opinión el rol judicial tendría que constreñirse únicamente al derecho positivo, lo cierto es que en el TEPJF sí hay una coincidencia en la mayoría por actuar en favor de una igualdad sustantiva. Incluso, este punto es confirmado por el 100% de las Magistradas y Magistrados que respondieron el segundo cuestionario y profundizan al señalar que bajo la noción de igualdad de tipo sustantiva, fundamentan y analizan a fondo los casos que involucran derechos de mujeres indígenas.

⁷ Para el Comité de la CEDAW (2004), la igualdad sustantiva implica analizar el contexto, las diferencias meramente biológicas, así como las diferencias sociales, económicas y culturales que perpetúan la inferioridad de grupos, como es el caso de las mujeres. En esa lógica, se cree que con un ejercicio de análisis contextualizado y más estructural se pueden equilibrar situaciones de desventaja e inferioridad y ello, en consecuencia, contribuye a ir erradicando la desigualdad.

En cuanto a la pregunta que cierra este apartado, respecto a si consideran que todas las normas constitucionales son justas, también se destaca una mayoría que no coincide con ese supuesto, y una minoría tanto neutra, como a favor. Este último punto buscaba indagar qué tanto aplicarían una norma, aunque con ella se perpetue alguna situación de desigualdad o discriminación (Dworkin, 2008). Una persona juzgadora con una concepción de tipo positivista considerara que las normas constitucionales son justas porque son válidas, esto es, están positivizadas y son ley suprema (Atienza, 2011). De manera que, una jueza o juez positivista, hará cumplir la norma, aunque con ella persista la injusticia o la desigualdad. Es decir, se sigue la lógica de la prescripción del derecho como si se tratara de desarrollar una empresa (Atienza, 2015). Esa es una de las características que, de acuerdo con los resultados, parece ya no estar tan presente, como tampoco esta tan presente la idea de los jueces sean actores apolíticos. Sin embargo, sí parece estar más vivo el positivismo, cuando se advierte que algunas personas juzgadoras consideran que juezas y jueces no deben crear ni desarrollar normas, ni asumir un rol legislador.

Las concepciones no positivistas del derecho se pueden observar cuando las personas juzgadoras no consideran que todas las normas constitucionales son justas, sino que éstas como dice Atienza (2011) son “principios en virtual conflicto y, por ello mismo, objeto de ponderación y no de subsunción” (p. 75). Asimismo, de acuerdo con una cultura legal no positivista, el rol judicial en las democracias modernas tiene un peso político y moral, vela y ofrece una mejor comprensión de principios democráticos y constitucionales, de tal forma que, no está para mantenerse al margen de conflictos políticos, y si bien no se trata de reemplazar la política o al poder legislativo, su rol sí es impedir que se avance sobre los derechos y principios democráticos (Saba, 2020).

De acuerdo con lo anterior y con los resultados, entonces se comienza a observar que en el TEPJF hay una mayor presencia de concepciones no positivistas, aunque

también los resultados muestran que siguen vivos algunos rasgos del positivismo jurídico. Ahora bien, que el positivismo de alguna manera siga vivo en el TEPJF, puede responder al tipo de formación en derecho que la mayoría de las personas juzgadoras tuvo en las universidades, que como se vio en los párrafos anteriores responde a un modelo de enseñanza basado en metodologías pasivas.

Otra parte fundamental se centra en conocer las ideas que pueden tener con respecto al tipo de fuentes que guían y sustentan sus decisiones judiciales. Como un primer punto en este tema, se les preguntó a las personas encuestadas qué se hace en la función jurisdiccional cuando se discute sobre normas constitucionalmente válidas y normas justas, dándoles tres opciones como posibles respuestas: 1) Decidir con base en principios justos; 2) Obedecer solo el derecho, esto es, decidir solo con base en normas constitucionalmente válidas, aunque sean injustas; y 3) Ponderar entre normas constitucionalmente válidas y principios morales en casos difíciles. De las personas encuestadas, el 76% coincidió en que es fundamental ponderar entre normas constitucionales y principios morales, tres personas mencionaron que deciden con base en principios justos y una refirió obedecer solo el derecho.

Esta primera aproximación nos permite inferir que una mayoría de personas juzgadoras mantienen una cultura legal no positivista, inclinada siempre a una mayor protección de derechos fundamentales en cada caso que se les presenta. En tanto que, una minoría seguiría con esta postura más positivista consistente en aplicar una norma constitucional, aunque con ella se perpetue una situación de desigualdad. También hay que destacar que hay una línea jurisprudencial ya construida en el derecho nacional e internacional, que en gran medida obliga a las personas juzgadoras a ponderar entre normas y principios, de tal manera que sus respuestas son congruentes con lo que el mismo derecho y sus superiores les indica deben hacer.

Atendiendo a lo anterior, la encuesta incluye un apartado en el que se les mencionan una serie de fuentes que contribuyen a construir las decisiones judiciales, para así saber el peso que le dan a cada una e indagar sobre su tipo de cultura legal. Así, se les pregunta por: 1) el texto de la ley positiva nacional, 2) el texto de la ley positiva y criterios valorativos, 3) las normas convencionales, 4) su contacto con las partes durante el proceso, 5) las necesidades de la sociedad en cada situación, 6) los valores de la comunidad frente al caso.

Se podría decir que una mayoría de jueces y juezas mantienen algunos aspectos claves del positivismo jurídico, puesto que hay un claro respeto a la norma positiva, poca o mediana tendencia a favor de considerar relevantes el contacto con las partes, las necesidades de la sociedad o los valores de la comunidad frente a un caso concreto. Sin embargo, también se observa que se han adquirido rasgos post-positivistas al darle un valor importante tanto a la ley positiva como a criterios valorativos, así como a la norma convencional.

También se les pregunta por otra serie de factores que pudieran incidir en la elaboración de una sentencia tales como: 1) los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2) los criterios de cortes internacionales, 3) las opiniones de un miembro respetado de la comunidad, 4) las opiniones de la prensa en la materia, 5) las opiniones de los legisladores en la materia, 6) las opiniones del Poder Ejecutivo en la materia, y 7) las opiniones de la sociedad en una situación.

Con excepción de los criterios de las cortes, la tendencia es que las personas juzgadoras dicen no darle valor a las opiniones que vengan de algún miembro de la comunidad, de la prensa o de alguno de los otros dos poderes. Pocas personas encuestadas señalaron darle valor también a las opiniones de la sociedad frente al caso, pero en su mayoría a este factor tampoco le dan peso. Ahora, hay que decir que en lo que se refiere a los criterios de las cortes, la mayoría de las personas que fueron entrevistadas para los dos cuestionarios señalaron que estaban obligadas a observar esos criterios y también tenían una obligación de analizar si en un caso

concreto ese criterio podía seguir vigente o era necesario ponderar un principio para poder proteger algún derecho.

De acuerdo con lo que las personas encuestadas señalaban en este punto, surge la incógnita de si efectivamente hacen una labor de interpretación y ponderación entre normas positivas, criterios valorativos y principios. Por tal motivo, se les preguntó que tanto sus colegas, esto es, jueces y juezas con quienes interactúan, amplían el análisis de interpretación originalmente planteada por las partes, y así explorar de forma indirecta que tan positivista puede ser la cultura legal de las personas juzgadoras en el TEPJF o que tanto se ha transitado a una cultura legal no positivista.

Al profundizar un poco en los contenidos de derecho, las concepciones no positivistas comienzan a perderse ligeramente, esto es, ya no son tan claras como en el apartado sobre “opiniones del rol jurisdiccional” aunque sigue estando presente en una mayoría. Por ejemplo, se observa que les dan mucho peso a fuentes normativas y poco peso a otro tipo de fuentes u opiniones no normativas pero que corresponden a la realidad. Es decir, se comienza a ver una inclinación mayor a la dimensión más normativa del derecho y se comienza a alejar de la dimensión valorativa del derecho, que entiende éste como una práctica social que no puede estar separada de la moral. Ciertamente no se trata ignorar la norma, es claro que estas tienen un peso y ese claramente se reconoce por las personas juzgadoras, pero tampoco se trata de que las opiniones de otras fuentes y, que finalmente son parte de una realidad, sean ignoradas o no tengan peso al momento de elaborar una sentencia.

Para explorar el modelo jurídico que prevalece, en casos que involucran derechos comunidades indígenas, se les enunció a las personas encuestadas una serie de supuestos para conocer lo que se haría en el TEPJF para resolver casos en donde se reclaman derechos de personas o comunidades indígenas. Los supuestos que se plantearon fueron los siguientes: 1) las magistradas y magistrados electorales

deciden con base únicamente en la legislación positiva ordinaria, 2) las magistradas y magistrados electorales deciden con base en la legislación ordinaria y el derecho internacional de los derechos humanos, en particular, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, y 3) las magistradas y magistrados electorales deciden con base en un modelo que considera la relación entre el sistema jurídico ordinario y los sistemas normativos propios de los pueblos y comunidades indígenas.

Contrario a lo que se respondía en lo que respecta a la apertura hacia normas y criterios del derecho internacional, en materia indígena -aunque también hay una obligación constitucional de considerar los sistemas normativos internos de comunidades indígenas- sí se reconoce que hay una ligera resistencia a aplicar tales sistemas normativos. Incluso, en este tema en particular, se puede observar que el derecho internacional de los derechos humanos no tiene tanto peso como cuando se preguntó con anterioridad qué tan importante eran las normas convencionales o los criterios de cortes internacionales.

Lo anterior se reforzó al indagar cuestiones como el reconocimiento y difusión del pluralismo jurídico, los derechos de comunidades indígenas y los sistemas normativos propios, la postura es claramente a favor, esto es, entre el 59% y 76% de las personas encuestadas dicen que las sentencias reconocen y toman en cuenta el pluralismo jurídico, los derechos indígenas y los sistemas normativos de usos y costumbres. Sin embargo, cuando se pregunta ya de forma más específica si hay una neutralización de normas del derecho ordinario para poder integrar las normas tradicionales indígenas, ahí cambia la posición, ya no es esa clara mayoría, sino que las opiniones se dividen al punto de que el 41% está a favor y otro 41% está en contra.

En el segundo cuestionario se puede observar una mayor presencia de concepciones jurídicas positivistas, que lo que muestran estas encuestas. Incluso, hay juzgadores que respondieron ambos cuestionarios y en la encuesta se

mostraban más a favor de la protección de derechos indígenas, pero al preguntar como llevarían a cabo una suplencia de la queda o la valoración de pruebas en casos que involucran derechos político de mujeres indígenas, ahí esa protección ya no estaba tan presente, porque se mostraban más a favor de proteger la norma procesal.

Para cerrar este apartado, se les preguntó si con normalidad en el TEPJF, y siempre que la parte promovente es indígena, se llevaba a cabo una suplencia de la queja; se solicitaba un traductor a la lengua indígena; o si se consideraba que los errores que cometen las personas indígenas tienen que ver con su ignorancia frente a la ley. En el primer supuesto la posición de la mayoría afirma que siempre se lleva a cabo una suplencia de la queja, sólo una minoría refiere que no se hace. En lo que se refiere al segundo supuesto, la mayoría afirma que no siempre se pide un traductor de lengua indígena. En el tercer supuesto hay una clara división de opiniones en lo que se refiere a si se considera que las personas indígenas cometen faltas por su desconocimiento de la ley.

En el segundo cuestionario, los hallazgos respecto a este punto fueron muy relevantes, porque se pudo observar cómo dependiendo del lugar de adscripción de la Magistrada o Magistrado sabían si efectivamente, cuando las partes son indígenas, hay un traductor y un defensor. En México hay regiones con una mayor presencia de personas y comunidades indígenas que en otras, eso invariablemente incide en que hay lugares en donde las personas juzgadoras reciben y conocen más asuntos que involucran derechos indígenas que en otras. En esa medida, quienes están más alejados de esos asuntos, tienen menor conocimiento de lo que ocurre en el ámbito jurisdiccional en lo que toca a la tutela judicial efectiva de derechos indígenas, y quienes están más cercanos tienen una mayor conciencia de las problemáticas.

Tomando como ejemplo lo manifestado en el caso de defensores de oficio, las personas entrevistadas con el segundo cuestionario y que estaban en una zona con

menor presencia indígena, llegaron a manifestar que a su juicio la mayoría de las personas indígenas van acompañadas de defensores, porque el TEPJF tiene una defensoría de oficio y por lo tanto quienes no tienen un abogado particular, tienen a su disposición ese recurso. Sin embargo, las personas juzgadoras que están en zonas con mayor presencia indígena manifestaron lo contrario, a pesar de la existencia de una defensoría de oficio, porque hay comunidades indígenas que están muy alejadas de las oficinas de la defensoría y tienen muchas dificultades para el traslado, y por otro lado la defensoría no alcanza a ver por todos los asuntos que surgen en esas comunidades. Esa zona en donde hay un mayor número de personas y comunidades indígenas, es en donde se ubican un menor número de personas juzgadoras, de ahí que tal vez se pueda justificar porque la mayoría podría pensar que las personas indígenas van acompañadas de un defensor o de un traductor.

V. Discusión final

Con los hallazgos encontrados en esta primera etapa de la investigación se podría inferir que las élites judiciales electorales tienden a tener una cultura legal no positivista. Eso se pudiera observar así cuando manifiestan sus opiniones sobre cuál es el rol jurisdiccional que hoy en las democracias modernas tienen juezas y jueces. Esto es, se reconoce por una mayoría que el rol jurisdiccional tiene un carácter político, que contribuye a la corrección de desigualdades estructurales y que juezas y jueces tienen la facultad de crear derecho a través de la ponderación de principios, disponen de un poder creativo para establecer normas y así ir contribuyen a la formación de sociedades más igualitarias.

Esa concepción jurídica no positivista, se corrobora en cierta medida, cuando se les pregunta por las fuentes de derecho que contribuyen a la elaboración de sus sentencias. En esa sección se muestran muy a favor del uso y la observancia de la ley positiva nacional, de criterios valorativos, de las normas convencionales, de los criterios de cortes constitucionales (nacionales e internacionales).

Con esos hallazgos se podría decir que una mayoría de élites judiciales electorales tienen una cultura legal mayormente no positivista, la cual se infiere que es modelada con la práctica judicial y no con la formación que recibieron en licenciatura. Los hallazgos respecto a sus estudios y metodologías de enseñanza lo que muestran es que hay una tendencia a una formación jurídica positivista, por los modelos de enseñanza pasivos que recibieron tanto en licenciatura como en posgrados (salvo algunas excepciones).

Partiendo sólo del tipo de enseñanza en derecho, se infería que la cultura legal que podía predominar sería una de tipo positivista, pero, conforme se profundiza en temas como la práctica judicial y el derecho se encuentran rasgos mayormente no positivistas, sin dejar de generar dudas si efectivamente la mayoría de juezas y jueces dejan atrás esas enseñanzas positivistas del derecho.

Ciertamente, en la medida que se plantean cuestiones más concretas y complejas como casos en materia de derechos indígenas, o qué tan relevante es el contacto de las partes, las necesidades u opiniones de la sociedad y los valores de la comunidad frente a un caso, esos rasgos positivistas se empiezan a hacer más visibles. Las opiniones de las elites judiciales en estos puntos se empiezan a dividir, se muestran ciertas resistencias sobre considerar el contacto con las partes en un proceso, valores de la comunidad y en darle validez a los sistemas normativos indígenas cuando este se contrapone con normas como las de derechos humanos.

Sin embargo, puede que se esté dando el caso que más de alguna de las personas encuestadas respondieran como lo hicieron porque no les gusta verse como formalistas. Si se analizan algunos de los llamados casos paradigmáticos, como los citados al inicio de este texto, se pueden ver mayores rasgos post-positivistas, se ve una interpretación y ponderación de principios, así como el uso de herramientas como instrumentos de internacionales en materia de derechos humanos y el uso metodologías de análisis como el juzgar con perspectiva de género, interseccional,

intercultural, entre otras, metodologías y fuentes que en su mayoría magistradas y magistrados sostienen que son fundamentales en la elaboración de sus sentencias.

¿Cómo entonces desenmascarar a las y los formalistas? Las sentencias que han elaborado son una manera de ver si efectivamente las elites judiciales recuperan elementos de diversas fuentes de derecho para tomar una decisión, o en su mayoría no inciden en el fallo. Una revisión de las sentencias pudiera dar cuenta si efectivamente las elites judiciales en el ámbito político-electoral han transitado de una cultura legal positivista a una no positivista, o bien, se trata de personas juzgadoras con un fuerte arraigo al positivismo pero que no les gusta ser vistas como tal, por la apertura que el sistema de derecho mexicano tiene hoy en día.

VI. Referencias

- Aguiar, A. (2019). Gobernando con los jueces. Una introducción a la política judicial. En A. Aguiar, *Gobierno y política judicial en México* (págs. 19-48). Ciudad de México: Fontamara, TEPJF, UNAM.
- Aguiar, A. (2020). Beyond Justices. The Legal Culture of Judges in Mexico. *GIGA*, 1-31.
- Aguiar, A., & Torres, I. (2022). *Explaining the Sources of Judges' Legal Conceptions in the Mexican Judiciary*. Guadalajara.
- Alexy, R. (2002). *Derecho y razón práctica*. Ciudad de México: Fontamara.
- Atienza, M. (2011). Cómo desenmascarar a un formalista. *ISONOMÍA*, 199-201.
- Atienza, Manuel, & Ruiz Manero, J. (2007). Dejemos atrás el positivismo jurídico. *ISONOMÍA No. 27*, 7-28.
- Cerva, D., & Ansolabehere, K. (2010). Trabajo introductorio: protección de los derechos político-electorales de las mujeres. En D. Cerva, & K. Ansolabehere, *Género y derechos políticos* (págs. 7-28). Ciudad de México: TEPJF.
- Dworkin, R. (2008). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.

- García Pino, G., & Contreras Vázquez, P. (2013). El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno. *Estudios Constitucionales, Año 11, No. 2*, 229-282.
- Guarnieri, C., & Pederzoli, P. (1999). *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*. Madrid: Taurus.
- Hilbink, L. (2020). *Jueces y política en democracia y dictadura: lecciones desde Chile*. Ciudad de México: FLACSO MÉXICO.
- Kelsen, H. (2018). *¿Qué es la teoría pura del derecho?* Fontamara: Ciudad de México.
- Kymlicka, W. (2017). *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós.
- Lista, C., & Brigido, A. M. (2002). *La enseñanza del derecho y la formación de la conciencia jurídica*. Córdoba: Sima Editora.
- Montesquieu. (1906). *El espíritu de las leyes. Tomo I*. Madrid: Librería General de Victoriano Suarez.
- Rodotà, S. (2014). *El nuevo mundo de los derechos. El derecho a tener derechos*. Bologna: Trotta.
- Saba, R. (20 de octubre de 2020). *Los jueces no son (sólo) árbitros*. Obtenido de Clarin Opinion: https://www.clarin.com/opinion/jueces-solo-arbitros_0_uU9sVN0Q8.html