



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN**

**COORDINACIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**Maestría en Derecho**

**"LAS DECISIONES JURÍDICAS  
EN LAS SENTENCIAS DE AMPARO"**

**T E S I S**

Que para obtener el grado de

Maestra en Derecho

presenta

**Edna Ruth Luna Rico**

Asesoría del Doctor Augusto Sánchez Sandoval



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



*A mi madre **Marce** y  
a mi hermana **Gis**,  
por su amor, incansable apoyo y motivación...*



## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>11</b>
---------------------	-----------

### CAPÍTULO PRIMERO

#### ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS RAZONAMIENTOS EMPLEADOS POR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, PARA JUSTIFICAR LAS DECISIONES JUDICIALES DE LAS SENTENCIAS EN EL JUICIO DE AMPARO MEXICANO

#### I. LA DECISIÓN JUDICIAL EN EL JUICIO DE AMPARO EN MÉXICO, DESDE LAS CONCEPCIONES: ESTADO DE DERECHO, ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y NEOCONSTITUCIONALISMO

<b>1. Breves consideraciones acerca del Estado de Derecho, con especial referencia al juicio de amparo mexicano</b>	<b>21</b>
<b>A. Los principios del Estado de Derecho en México</b>	<b>31</b>
<b>2. Breves consideraciones acerca del Estado Constitucional de Derecho, con especial referencia al juicio de amparo mexicano</b>	<b>53</b>
<b>A. La supremacía constitucional en México</b>	<b>61</b>
<b>3. Breves consideraciones acerca del Neoconstitucionalismo, con especial referencia al juicio de amparo mexicano</b>	<b>64</b>
<b>A. El Neoconstitucionalismo Teórico, Ideológico y Metodológico</b>	<b>65</b>
<b>B. La Necesidad de la reforma de la justicia en México</b>	<b>68</b>
<b>4. La decisión judicial como instrumento fortalecedor de la soberanía en México</b>	<b>77</b>

#### II. LA ORGANIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN EN MÉXICO

<b>1. La función judicial propiamente dicha</b>	<b>87</b>
<b>2. La función de control constitucional en México</b>	<b>93</b>

### III. EL JUICIO DE AMPARO MEXICANO COMO INSTRUMENTO DE CONTROL CONSTITUCIONAL

1. <i>El concepto de autoridad</i>	101
2. <i>La decisión judicial y las garantías individuales en el marco jurídico nacional</i>	104
A. <i>La garantía de seguridad jurídica</i>	112
B. <i>La garantía de legalidad</i>	120
a. <i>La fundamentación y la motivación</i>	128
3. <i>La ley del juez y el juicio del legislador</i>	135

#### CAPÍTULO SEGUNDO

#### LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DESDE LA PERSPECTIVA DE RICCARDO GUASTINI. SU APLICACIÓN AL RAZONAMIENTO JUDICIAL DE LAS RESOLUCIONES EN EL JUICIO DE AMPARO EN MÉXICO

##### I. ANTECEDENTES DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

1. <i>Antecedentes del razonamiento jurídico</i>	139
--	-----

##### II. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA, SU APLICACIÓN AL RAZONAMIENTO JURISDICCIONAL EN EL JUICIO DE GARANTÍAS MEXICANO

1. <i>Concepción y problemática de la interpretación y su aplicación al juicio de amparo mexicano</i>	153
A. <i>Los tipos de formulaciones normativas</i>	157
B. <i>El concepto restringido de la interpretación</i>	159
C. <i>El concepto amplio de la interpretación</i>	161
D. <i>La interpretación versus aplicación</i>	165
E. <i>Las teorías de la interpretación jurídica</i>	167
a. <i>La Teoría Cognitiva de la Interpretación</i>	167
b. <i>La Teoría Escéptica de la Interpretación</i>	170

c. La Teoría Intermedia de la Interpretación	172
F. <i>Variedad de juegos de la interpretación</i>	174
2. <i>Las técnicas de la interpretación y su aplicación al juicio de amparo mexicano</i>	177
A. <i>La interpretación declarativa</i>	177
B. <i>La interpretación correctora en general</i>	181
a. <i>La interpretación extensiva</i>	183
b. <i>La interpretación restrictiva</i>	185
C. <i>Otras técnicas de la interpretación correctora</i>	186
D. <i>La interpretación histórica y la interpretación evolutiva</i>	189
3. <i>Los problemas de la interpretación y su aplicación al juicio de amparo mexicano</i>	191
A. <i>¿Dudas de interpretación o discrecionalidad al interpretar?</i>	192
B. <i>Las antinomias</i>	194
C. <i>Las lagunas</i>	198
D. <i>Las analogías</i>	199

### CAPÍTULO TERCERO

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA "TEORÍA DE SISTEMAS", DE LA "TEORÍA DE LOS DERECHOS EN SERIO" Y DE LA "TEORÍA DE LA ACCIÓN COMUNICATIVA". SU IMPLEMENTACIÓN A LA REFLEXIÓN JUDICIAL DE LOS FALLOS EN EL JUICIO DE AMPARO MEXICANO

I. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA "TEORÍA DE SISTEMAS" DE NIKLAS LUHMANN, APLICADA AL JUICIO DE AMPARO EN MÉXICO

1. <i>Reflexiones previas en torno a la Teoría de Sistemas y su aplicación al juicio de amparo</i>	203
2. <i>Punto de partida de la Teoría de Sistemas y su aplicación al juicio de amparo mexicano</i>	204
A. <i>La clausura operativa del "sistema derecho" postulada por Luhmann</i>	209



<b>a.</b> La unidad del sistema jurídico	216
<b>B.</b> <i>Las normas jurídicas y su función en el Derecho</i>	220
<b>C.</b> <i>La "codificación binaria": conforme a Derecho/no conforme a Derecho</i>	223
<b>D.</b> <i>La "racionalidad jurídica" en Luhmann</i>	228
<b>3.</b> <i>La concepción de justicia desde la perspectiva de Luhmann</i>	234
<b>A.</b> <i>La paradoja invisible en la justicia</i>	236
<b>4.</b> <i>La función judicial en México, desde la concepción del "sistema derecho" de Luhmann</i>	238
<b>A.</b> <i>La organización de la jurisdicción mexicana en el juicio de amparo</i>	244
<b>a.</b> <i>La reforma del Poder Judicial de la Federación en México de 1994</i>	247
<b>5.</b> <i>La argumentación jurídica desde la perspectiva de Luhmann</i>	253
<b>A.</b> <i>La paradoja de la argumentación: Razón versus no razón</i>	258
<b>B.</b> <i>La reformulación de la función de la argumentación jurídica</i>	262
<b>a.</b> <i>¿La razón irracional?, ¿La irracionalidad: condición posibilitante de la razón?</i>	271
<b>b.</b> <i>La fundamentación de las razones</i>	276
<b>6.</b> <i>La argumentación con base en los principios de igualdad y de libertad ¿Recursividad del sistema o conceptos abstractos?</i>	278
<b>A.</b> <i>El principio de igualdad</i>	281
<b>B.</b> <i>El principio de libertad</i>	283

## II. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA "TEORÍA DE LOS DERECHOS EN SERIO" DE RONALD DWORKIN, APLICADA AL JUICIO DE AMPARO EN MÉXICO

<b>1.</b> <i>Punto de partida de la Teoría de los Derechos en Serio y su aplicación al juicio de amparo mexicano</i>	287
<b>2.</b> <i>Las problemáticas de la función judicial en el Positivismo Jurídico</i>	297
<b>3.</b> <i>Los "principios" de Dworkin</i>	303
<b>A.</b> <i>Las normas, los "principios" y las directrices políticas bajo la perspectiva de Dworkin</i>	303

<b>B.</b> <i>Los "principios" y el concepto de Derecho</i>	307
<b>C.</b> <i>La discrecionalidad judicial en Dworkin</i>	309
<b>a.</b> <i>Los argumentos de Dworkin en defensa de los "principios"</i>	315
<b>D.</b> <i>La regla de reconocimiento al momento de resolver un caso judicial</i>	320
<b>4.</b> <i>La racionalidad de Dworkin aplicada a los casos difíciles</i>	324
<b>A.</b> <i>La solución de los casos difíciles con argumentación en base a "principios"</i>	324
<b>a.</b> <i>El juez Hércules de Ronald Dworkin</i>	327
<b>5.</b> <i>La concepción de justicia desde la perspectiva de Dworkin</i>	338
<b>A.</b> <i>Rawls y su propuesta</i>	339

**III. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA  
"TEORÍA DE LA ACCIÓN COMUNICATIVA" DE JÜRGEN HABERMAS,  
APLICADA AL JUICIO DE AMPARO EN MÉXICO**

<b>1.</b> <i>Punto de partida de la Teoría de la Acción Comunicativa y su aplicación al juicio de amparo mexicano</i>	347
<b>A.</b> <i>La razón comunicativa</i>	347
<b>B.</b> <i>El giro lingüístico</i>	352
<b>C.</b> <i>El &lt;&lt;consenso comunicativo&gt;&gt;</i>	356
<b>a.</b> <i>El lenguaje orientado al entendimiento</i>	359
<b>b.</b> <i>El "mundo de la vida" de Habermas</i>	362
<b>D.</b> <i>La problematización de la comunicación</i>	365
<b>2.</b> <i>Facticidad y validez</i>	368
<b>A.</b> <i>La validez de las normas jurídicas en la "acción comunicativa"</i>	368
<b>B.</b> <i>La reformulación de la validez del Derecho</i>	372
<b>3.</b> <i>Crítica de Habermas a las concepciones filosóficas de la justicia de: Luhmann, Rawls y Dworkin</i>	381
<b>A.</b> <i>Crítica de Habermas a la concepción de justicia de Luhmann</i>	382
<b>B.</b> <i>Crítica de Habermas a la concepción de justicia de Rawls</i>	390
<b>C.</b> <i>Crítica de Habermas a la concepción de justicia de Dworkin</i>	392

<b>D. Las "normas morales" y las "normas jurídicas": ¿Se complementan o hay una imposición de realidades?</b>	400
<b>a. El principio democrático de Habermas</b>	402
<b>4. Los presupuestos de la "libertad comunicativa" para la decisión judicial</b>	406
<b>A. El "principio de discurso"</b>	409
<b>B. El poder comunicativo como productor de decisiones judiciales legítimas</b>	410
<b>5. La racionalidad de la administración de justicia en Habermas</b>	416
<b>A. La interpretación jurídica en la "acción comunicativa"</b>	418
<b>6. La argumentación jurídica desde la perspectiva de Habermas aplicada al "discurso jurídico"</b>	420
<b>A. La decisión judicial como paradigma jurídico en la "verdad legal"</b>	426
<b>7. La reconstrucción de la noción Estado de Derecho en la perspectiva de Habermas</b>	428
<b>8. La nueva epistemología en el mundo de lo concreto</b>	433
<b>A. El mundo de lo concreto y el mundo del lenguaje</b>	434
<b>B. La construcción de la "verdad jurídica"</b>	436
<b>C. El proceso de conocimiento</b>	437
<b>D. La percepción como resultado de procesos energéticos</b>	439
<b>E. Las distinciones de la epistemología cognoscitiva</b>	442
<b>F. ¿Cómo justifican los operadores jurídicos después del proceso de conocimiento biológico?</b>	448
<b>CONCLUSIONES</b>	455
<b>BIBLIOGRAFÍA Y OBRAS DE REFERENCIA</b>	485

## INTRODUCCIÓN

La problemática abordada en el presente trabajo de investigación, consiste en la deficiente técnica judicial con la cual, jueces y magistrados del Poder Judicial de la Federación en México, resuelven los conflictos jurídicos, lo que se traduce en problemas de justificación de las decisiones jurídicas plasmadas en las sentencias de amparo mexicano.

La anterior afirmación se sustenta en la observación de la institución del juicio de amparo en nuestro país, en la cual, los razonamientos jurídicos realizados en la elaboración de las sentencias, no denotan una metodología; lo que origina que los procesos de formación de la decisión de los jueces constitucionales obedezcan a instrumentos apologéticos que pretenden justificar todo tipo de decisiones, generando juicios arbitrarios; que en la actualidad demandan un cambio en la perspectiva en que se inscribe la lógica del discurso de la aplicación del Derecho.

En las relatadas circunstancias, el problema fundamental que se abordará en el presente trabajo de investigación, se sintetiza en la siguiente afirmación: Las decisiones jurídicas plasmadas en las sentencias de amparo mexicano no se justifican en un análisis en términos de: Estado de Derecho, herramientas de la interpretación y estudio de la argumentación jurídica, esta última disciplina desde la perspectiva de la Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann, de la Teoría de los Derechos en Serio -"principios"- de Ronald Dworkin y de la Teoría de la Acción Comunicativa de Jürgen Habermas.

La justificación del análisis que se emprende en la investigación, se sostiene en la consideración de que, el juicio de amparo en México es un medio de control constitucional confiado a los tribunales federales, el cual tiene como objetivo primordial proteger a los individuos ante los actos de autoridad que violan

las garantías individuales de las personas que son titulares, a efecto de restituirles en el goce de la garantía individual violada.

El juicio de amparo mexicano constituye en la actualidad la última instancia de impugnación de la mayor parte de los procedimientos judiciales, administrativos y aún de carácter legislativo; por lo que, tutela todo el orden jurídico nacional contra las violaciones realizadas por cualquier autoridad, siempre que esas infracciones se traduzcan en una afectación actual, personal y directa a los derechos de una persona jurídica, sea individual o colectiva.

Sin embargo, debe tomarse en consideración que el propio juicio de amparo surgió con el propósito esencial de proteger los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, contra su violación por parte de las autoridades públicas. En nuestros días el juicio de amparo es una institución procesal sumamente compleja, que protege prácticamente a todo el orden jurídico nacional.

En los reseñados supuestos, es que la institución jurídica en mención es de gran importancia, porque protege los derechos constitucionales de los gobernados ante las arbitrariedades de las autoridades, es por esta razón, que el estudio y justificación que efectúen en sus sentencias los órganos jurisdiccionales federales en México debe otorgar certeza jurídica, traducida en el hecho de que las decisiones plasmadas en los fallos de amparo estén debidamente estructuradas, para que las conclusiones que arrojen sean las eficaces a resolver los problemas jurídicos que se presenten, a fin de garantizar el estricto cumplimiento de nuestra Carta Magna y evitar violaciones a la misma.

En este sentido se propugna porque en la actividad jurisdiccional, las decisiones jurídicas se construyan en un marco de coherencia y congruencia con la realidad a la que se aplican, y que las sentencias no sólo se intenten justificar en términos de lenguaje dentro del discurso jurídico, en el exclusivo análisis de

normas jurídicas y fuentes jurisprudenciales, sin atender a las circunstancias fácticas del caso concreto; toda vez que el ejercicio de justificación que actualmente se emplea por los jueces y magistrados constitucionales no resuelve verdaderamente los conflictos jurídicos, porque únicamente realizan una subsunción de la normatividad y demás fuentes del Derecho al caso concreto, sin analizar el funcionamiento de la ciencia jurídica y cómo se puede emprender una transformación en su aplicación judicial.

Por ello, los objetivos del presente estudio, son: El análisis del proceso de formación de las decisiones jurídicas de los jueces y de los magistrados del Poder Judicial de la Federación en México, plasmadas en las sentencias de amparo mexicano. En concreto, la forma, los mecanismos y los procesos del discurso jurídico en los que los jueces constitucionales federales inscriben la justificación de sus determinaciones judiciales.

Ello, en razón de que la Teoría de Sistemas y la Teoría de la Acción Comunicativa están en condiciones de proporcionar diversos elementos plausibles para la corrección lógica y material en el proceso de formación de la decisión judicial, que darían pauta a vislumbrar una racionalidad diversa a la actualmente imperante en términos de justificación de la decisión, la cual proporcione elementos de apología diferentes a las determinaciones judiciales en las sentencias de amparo mexicano.

La justificación de la elección de las diversas teorías, tales como: la Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann, la Teoría de los Derechos en Serio de Ronald Dworkin y la Teoría de la Acción Comunicativa de Jürgen Habermas, radica en el hecho de que en el caso de la primera de las teorías mencionadas, su aplicación al juicio de amparo en México, nos permitirá profundizar en el análisis del funcionamiento del Derecho, de acuerdo a la visión del autor en cita, y lograr un entendimiento de los conflictos que se suscitan en la ciencia jurídica, y en

concreto, todos aquellos problemas en la aplicación de las normas jurídicas a las resoluciones judiciales.

En el caso de la Teoría de los Derechos en Serio de Ronald Dworkin, su análisis obedece a que, el Poder Judicial de la Federación frecuentemente emplea los "*principios*" para justificar sus determinaciones, y en uso de herramientas propias de la argumentación jurídica resuelve los conflictos jurídicos con tales elementos, pero no justifica las razones por las cuales los implementa.

En este contexto, a través del estudio de la Teoría de los Derechos en Serio, se realizará una reflexión profunda del tratamiento que tal corriente del pensamiento proporciona a los "*principios*" como elementos plausibles de justificación de las decisiones judiciales, para examinar las formas en que dicha teoría plantea la problemática jurídica y la solución que al efecto proporciona; para deliberar el tópico de los "*principios*" y así estar en condiciones de considerar la viabilidad de su aplicación en la solución de los conflictos jurídicos en las sentencias de amparo.

Por lo que hace a la Teoría de la Acción Comunicativa de Jürgen Habermas, el estudio de la misma nos permitirá apreciar y analizar el Derecho y, en concreto su aplicación por los órganos jurisdiccionales, desde la perspectiva del lenguaje. Analizándose la aplicación de la ciencia jurídica a la facticidad del mundo, y la tensión que se genera entre lo que Habermas ha nombrado "*Facticidad y Validez*".

El estudio de esta teoría se efectuará con el propósito de que los elementos proporcionados por la "*acción comunicativa*" se apliquen a las sentencias judiciales de amparo, y ello coadyuve a la justificación de las decisiones en la labor jurisdiccional. Toda vez que el análisis del proceso de construcción lingüística es trascendental para dar el giro lingüístico, en la formación del

entendimiento que generará consenso en los individuos que intervienen en la comunicación.

Al inicio de la presente investigación y dentro del contexto de la argumentación jurídica, las hipótesis de trabajo se formulaban sobre la afirmación de que no existe una apología de las decisiones jurídicas que se plasman en los fallos de amparo, puesto que las decisiones de los jueces constitucionales denotan la resolución de los conflictos jurídicos con base en un juicio de la intuición.

Asimismo, se afirmaba que es insuficiente la justificación de las sentencias que resuelven los juicios de garantías, toda vez que carecen de una metodología que auxilie a la labor judicial a dar una racionalidad diversa a la imperante actualmente a las determinaciones judiciales.

Igualmente se aseveraba que para lograr justificarlas era menester el empleo de una argumentación "apropiada", es decir, observando las reglas inherentes a la teoría de la argumentación jurídica, basadas en determinados conocimientos y valoraciones, en la que se prescindiera de realizar descripciones generalizadas; en cambio, que propugnara por la formación de construcciones que tuvieran coherencia en su construcción lingüística, con lo cual, se aspiraría a una racionalidad diversa en las decisiones de los juzgadores.

Del mismo modo, se afirmaba que la decisión judicial fortalece el Estado de Derecho; que la interpretación y la argumentación jurídica están en condiciones de justificar las decisiones judiciales, y finalmente se sostuvo, que la decisión judicial justificada en base a principios proporcionaba "racionalidad" a los fallos de amparo.



Ahora bien, es menester precisar que una vez efectuado el presente análisis, la perspectiva de este trabajo de investigación ha cambiado en algunas apreciaciones que se tenían al momento de formular las hipótesis de trabajo; ya que una vez estudiadas las diversas teorías que se abordaron, se evidencia otra comprensión respecto del funcionamiento del Derecho y, cómo ello incide en la aplicación del mismo por parte de los jueces constitucionales. En concreto, se descubrió que la interpretación, la argumentación jurídica y los principios éticos y morales, sí justifican las decisiones jurídicas plasmadas en las sentencias de amparo, pero a costa de la imposición de una determinada racionalidad jurídica, la cual sólo aspira alcanzar consistencia lingüística, pero no atiende a la observación de otro tipo de realidades en las que se gestan los conflictos sociales.

De la misma manera, por lo que atañe a la aplicación de los "*principios*", éstos también se inscriben en un ejercicio de justificación, pero sólo en su racionalidad de valoración y en su lógica moral; por lo que, ello constituye un problema al momento de su aplicación, ya que se tendría que partir de la premisa de que existe una Moral imperante generalizada para la solución de los conflictos jurídicos; lo cual se torna aberrante al observar todas las posibilidades para la acción que existen en el mundo.

En el capítulo primero intitulado *Análisis crítico de los razonamientos empleados por el Poder Judicial de la Federación, para justificar las decisiones judiciales de las sentencias en el juicio de amparo mexicano*, en el primer apartado, se analiza el proceso de toma de decisiones plasmado en las sentencias de amparo, con especial énfasis en la formación de la decisión en términos institucionales, para el caso del Poder Judicial de la Federación en México, en evidencia de una deficiencia jurisdiccional en términos de coherencia, congruencia y justificación.

Asimismo, se emprende el estudio del juicio de amparo mexicano, desde el abordaje de semánticas, tales como: el Estado de Derecho y sus principios; el

Estado Constitucional de Derecho, la supremacía constitucional; el Neoconstitucionalismo, el Neoconstitucionalismo Teórico, el Neoconstitucionalismo Ideológico y el Neoconstitucionalismo Metodológico.

De igual forma, se analiza la necesaria reforma al Poder Judicial de la Federación, desde la perspectiva de diversos autores.

Del mismo modo, se aborda el estudio de la decisión judicial como instrumento de fortalecimiento de la soberanía, reflexionando sobre la función del Poder Judicial Federal Mexicano en términos de legitimidad.

En el segundo apartado del primer capítulo, se emprende el análisis del Poder Judicial de la Federación Mexicano desde la función judicial y la función de control constitucional. En el tercer apartado de dicho capítulo, se estudia al juicio de amparo como instrumento de control constitucional y, el manejo de conceptos como son: autoridad; garantías individuales, garantía de seguridad jurídica, garantía de legalidad, fundamentación y motivación.

Concluyendo el estudio de este capítulo con el análisis de las dificultades a las que se ve enfrentado el juzgador al aplicar una ley dentro de la construcción de un discurso jurídico incongruente.

Por su parte en el capítulo segundo intitulado *La interpretación jurídica desde la perspectiva de Riccardo Guastini. Su aplicación al razonamiento judicial de las resoluciones en el juicio de amparo en México*; primeramente, se efectúa un estudio de los antecedentes del razonamiento jurídico en términos de interpretación, y en segundo plano, se realiza un examen de los diversos modelos que proporciona dicha disciplina y, se analiza la viabilidad de su implementación a la reflexión judicial en los fallos del juicio de garantías.

En concreto, se examinan las diversas concepciones y problemáticas a las que se enfrenta cada disciplina de la interpretación, desde en análisis de sus diversas formulaciones, conceptos, teorías y técnicas.

Finalmente, en el capítulo tercero intitulado *La argumentación jurídica desde la perspectiva de la Teoría de Sistemas, de la Teoría de los Derechos en Serio y de la Teoría de la Acción Comunicativa. Su implementación a la reflexión judicial de los fallos en el juicio de amparo mexicano*; en su primera parte, se aborda el estudio de los conflictos jurídicos desde el examen de la argumentación jurídica en el entendimiento de los postulados de la Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann y su aplicación al juicio de amparo, analizando los siguientes elementos: el funcionamiento del "*sistema derecho*", el estudio de la clausura operativa del "*sistema derecho*", la unidad del sistema jurídico; la función de las normas jurídicas en el Derecho; el análisis de la codificación binaria, la racionalidad jurídica en Luhmann. Asimismo, se hace una análisis de la justicia desde la perspectiva del funcionamiento de dicha semántica en términos de la argumentación.

Por otro lado, igualmente dentro del apartado en comento, se emprende el estudio de la función judicial de los juzgadores desde el "*sistema derecho*" en México; la organización de la jurisdicción en materia de amparo, la reforma del Poder Judicial Mexicano de 1994; la argumentación jurídica desde la perspectiva de Niklas Luhmann, en análisis de esta disciplina y la observación de su paradoja en aras de la reformulación de este disciplina jurídica. Finalmente, se estudia lo relativo a la justificación con base en "*principios*".

En la segunda parte del capítulo tercero, se estudia la argumentación jurídica desde la perspectiva de la Teoría de los Derechos en Serio de Ronald Dworkin aplicada al juicio de amparo; examinándose los problemas de la función judicial en el positivismo jurídico, el análisis de los "*principios*" de Dworkin y su no aplicación como elementos de justificación al razonamiento jurídico de la sentencia

de amparo, la racionalidad de Dworkin aplicada los casos difíciles; así como, la concepción de justicia desde el estudio de la Teoría de los Derechos en Serio.

Finalmente, en el capítulo tercero, se estudia la argumentación jurídica desde la perspectiva de la Teoría de la Acción Comunicativa de Jürgen Habermas aplicada al juicio de amparo en especial referencia al razonamiento judicial; asimismo, se emprende un estudio de la "*razón comunicativa*", siendo que a través de consenso que se logre en la comunicación se busca llegar al lenguaje orientado al entendimiento en análisis de los problemas relativos a la comunicación. Del mismo modo se analiza la validez de las normas jurídicas bajo la óptica de Habermas; sin soslayar la concepción de justicia desde esta epistemología.

En el mismo tenor, se analizan los presupuestos de la "*libertad comunicativa*" para generar decisiones judiciales legítimas; se examina la racionalidad de la administración de justicia en Habermas. Finalizando en análisis de las racionalidad de las decisiones judiciales de las sentencias del juicio de amparo, bajo la epistemología de la formación del proceso de conocimiento de los operadores jurídicos, previo a la emisión de la "*verdad jurídica*".



## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS RAZONAMIENTOS EMPLEADOS POR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, PARA JUSTIFICAR LAS DECISIONES JUDICIALES DE LAS SENTENCIAS EN EL JUICIO DE AMPARO MEXICANO**

#### **I. LA DECISIÓN JUDICIAL EN EL JUICIO DE AMPARO EN MÉXICO, DESDE LAS CONCEPCIONES: ESTADO DE DERECHO, ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y NEOCONSTITUCIONALISMO**

##### **1. Breves consideraciones acerca del Estado de Derecho, con especial referencia al juicio de amparo mexicano**

La evolución del Derecho Mexicano ha sufrido un lento proceso de avance, comparativamente con el desarrollo de la ciencia jurídica en otros países; situación que en el caso de nuestro país, en gran medida obedece a los procesos e intereses de la clase política dominante, que inciden directamente en la toma de decisiones en los tres niveles de gobierno.

En particular, esta problemática cobra especial trascendencia para el Poder Judicial, toda vez que la forma en que se toman las decisiones judiciales, además de ser un reflejo de dichos procesos e intereses de grupos; la justificación<sup>1</sup> de las mismas carece de un desarrollo metodológico que auxilie a los operadores jurídicos al eficiente desempeño de la labor propia.

Por ello, las decisiones tomadas en las sentencias son arbitrarias, objeto de constantes críticas; pero lo más preocupante de esta situación, es la trascendencia jurídica de los fallos, porque afectan los derechos de los individuos en grado predominante y no son coherentes en su estructura. Sin embargo, lo más

---

<sup>1</sup> En este punto, no podría calificar de *injustificada* la decisión judicial plasmada en la sentencia, toda vez que pretende justificarse siguiendo los lineamiento legales, y de hecho lo logra, incluso con respaldo constitucional.

aberrante es que pretenden justificarse afirmando que son la plena realización del *Estado de Derecho y de la justicia*.

Frecuentemente los jueces y magistrados del Poder Judicial, se valen del tópico *Estado de Derecho* para tratar de justificar que sus decisiones son correctas, pero en realidad tienen poca comprensión acerca de la semántica empleada.

Para abordar el presente estudio debemos de partir de la concepción de Estado de Derecho, al respecto Pablo Lucas Verdú<sup>2</sup> apunta que, el término ha sido señalado por la doctrina alemana en la expresión "*rechtsstaat*" (*Estado Constitucional*), lo cual permite la asociación de palabras con la ventaja de expresar sintéticamente con un sólo término una idea con amplio contenido, al respecto manifiesta:

*Rechtsstaat, Estado de la razón o racional es aquel que gobierna conforme a la voluntad racional de la totalidad y persigue sólo lo mejor en general. El discurso técnico-jurídico es una abstracción de la realidad, dado el carácter de las normas constitucionales que, por lo general, no son mandatos particularizados.*

*La definición del Estado como Rechtsstaat: Este concepto considera el derecho político como síntesis de preceptos jurídicos para el Estado que explica su origen y existencia. El Estado produce un ordenamiento jurídico y su misión es mantenerlo, desarrollar el orden jurídico existente, conforme siempre a una cultura humana progresista. El fin del Estado consiste únicamente en el desarrollo de una cultura cada vez más perfecta.*

De acuerdo con lo anterior, el Estado de Derecho aspira reflejar un estado de bienestar, que justifica su gobierno en el ordenamiento jurídico. Por ello, la conformación de dicho estado, a través del proceso legislativo, de las sentencias y

---

<sup>2</sup> Lucas Verdú, Pablo, "Estado de Derecho y justicia constitucional. Aspectos históricos, ideológicos y normativo- institucionales de su interrelación", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, España, 1983, No. 33, mayo-junio de 1983, pp. 7-48.

en el plano administrativo del Poder Ejecutivo, deben materializarse en la coherencia y eficiencia en los actos de aplicación del ejercicio de los poderes de gobierno.

En el caso del Poder Judicial, y en específico de las sentencias, la perspectiva del Estado de Derecho debe profundizarse en cuanto a su contenido filosófico y trascendencia social, no sólo como mera aplicación automatizada de las leyes y demás ordenamientos legales o jurisprudenciales; sino en la *construcción de una racionalidad diversa a la imperante -la que sólo atiende como criterio de verdad a lo que obra en el expediente, aunque las circunstancias sean diversas- la cual, recoja y obedezca a la realidad (no la inventada ni la legal), sino a la de que afecta los derechos de los gobernados.*

Es decir, que en las decisiones que se plasman en las sentencias de amparo, el juzgador no aplique automatizadamente las normas jurídicas o disposiciones jurisprudenciales al caso concreto, y con ello, considere que ha dado solución al conflicto; sino que además tenga un conocimiento filosófico profundo del funcionamiento del Estado de Derecho, así como de la corrección material que podría efectuarse, y no sólo cite en sus resoluciones que está cumplimiento con él, por el hecho de aplicar el ordenamiento jurídico a la solución de la controversia, pues si éste tiene incongruencias y el juez no las corrige, la función jurisdiccional sería una actividad mecanizada que tiene como producto sentencias que no son acordes a la realidad de las partes en conflicto, y por ende, resuelven el conflicto en términos del discurso del Derecho, pero no transforman las circunstancias reales de los litigantes.

Asimismo el Diccionario Jurídico Mexicano, lo conceptualiza de la siguiente manera:

*...aquél Estado cuyos diversos órganos e individuos miembros se encuentran regidos por el Derecho y sometidos al mismo; esto es,*



---

*Estado de Derecho alude a aquél Estado cuyo poder y actividad son regulados y controlados por el Derecho.<sup>3</sup>*

En el sentido apuntado, podemos válidamente afirmar que la idea de Estado de Derecho se contrapone a las formas de poder absolutistas o totalitarias, porque bajo el argumento del Derecho se pretende conformar un orden jurídico que corresponda con el acontecer del país; ya que los ciudadanos se someten al Derecho porque aspiran a un orden social y de seguridad jurídica.

Ya lo afirmaba Hans Kelsen<sup>4</sup> en su Teoría Pura del Derecho, al aseverar que en la medida en la que un Estado no constituye más que la personificación de un orden jurídico específico que ha alcanzado cierto grado de organización, todo Estado es un Estado de Derecho. En este sentido parece no concebirse un Estado moderno fuera del ámbito de control del Derecho; ya que materializa su existencia a través de los actos estatales; es decir, en actos realizados por hombres que por virtud de estar así determinados por normas jurídicas, reconocen al Estado como persona jurídica.

El Derecho juega un papel determinante en la conformación del Estado, para no sufrir el estereotipo de absolutista. Aquí me parece que es trascendente analizar a qué le llamamos "*Derecho*" y "*bajo qué realidad*"; si bien es cierto, la mayoría de los hechos, actos jurídicos y demás acontecimientos suscitados dentro del "*sistema derecho*", lo son porque obedecen las normas en su debida jerarquía, dígame constitución, leyes federales, locales, reglamentos, etcétera. Sin embargo, lo cierto es, que la producción y aplicación jurídica se ajusta a intereses de grupos que deciden la dirección política y por añadidura la directriz jurídica del país. En este sentido, es necesario cuestionar en el presente estudio, cómo resuelven los

---

<sup>3</sup> *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. D-H, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, voz: Estado de derecho, p. 1329.

<sup>4</sup> Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Décima edición, trad. de Eduardo García Maynez, México, ed. Porrúa, 1998, paráfrasis, pp. 291-295.

jueces en México, por qué justifican sus decisiones en la forma en que lo hacen, bajo el cobijo del "*Estado de Derecho*".

Carl Schmitt<sup>5</sup> ha distinguido dos principios que constituyen la base del Estado de Derecho: a) un principio de "*distribución*", que no es más que la libertad del individuo ilimitada, en principio, frente a la facultad del Estado y que encuentra su expresión en los llamados derechos fundamentales o de libertad y, b) un principio de organización, que tiene por objeto poner en práctica el principio de distribución de poderes.

En las vertientes apuntadas por Schmitt, el Estado no sólo es una organización de los poderes de la unión, sino que también concibe dentro del mismo, las prerrogativas de los gobernados frente a esa administración estatal. Sobre este aspecto, profundizaré más adelante.

Jesús Orozco Henríquez<sup>6</sup> señala que, paradójicamente, el Estado de Derecho no sólo fue concebido como sujeción al control del Derecho, sino que también a la par del acontecer histórico, adquirió nuevos matices, tal es el caso de la influencia de diversos sistemas constitucionales, como: el inglés<sup>7</sup>, el norteamericano y el francés.

La ilustración francesa (siglos XVII y XVIII) y el ideario del constituyente norteamericano (1787) recogieron las principales tesis de constitucionalismo inglés, tales como: la supremacía del Derecho, limitación y <racionalización> del poder, división de poderes, protección judicial de los derechos y libertades fundamentales, entre otros.

---

<sup>5</sup> Citado por Parra Tapia de Morales, Ivonne, "Estado de Derecho, Poder Judicial y la protección de los derechos humanos", *Frónesis*, Maracaibo, Venezuela, Vol. 7, No. 1, abril de 2000, paráfrasis, pp. 45-75.

<sup>6</sup> *Diccionario Jurídico Mexicano, op. cit.*, nota 3, paráfrasis, pp. 1329-1330.

<sup>7</sup> Las constituciones más importantes son la Carta Magna de 1215, la "Petition Rights" de 1628, el "habeas Corpus Amendment Act" de 1679, el "Bill of Rights" de 1689, el "Act of Settlement" de 1701, la "Reform Act" de 1832, el "Estatuto de Westminster" de 1931 y los "Parliament Acts" de 1911 y 1949.

Finalmente, el <constitucionalismo liberal burgués> (1789) le dio connotación técnica para que se identificara como un ideal político específico, para todos los tipos de Estado que satisficieran las exigencias de democracia y seguridad jurídica; asimismo, les asignó el carácter de <dogmas> en su lucha contra el absolutismo y en aras de alcanzar su objetivo: el Estado de Derecho.

De este modo se reservó la calificación de Estado de Derecho al sistema que contemplara determinadas instituciones jurídicas acordes con el ideal Liberal Burgués: la distribución y control del ejercicio de poder entre varios detentadores; la supremacía de la constitución, que preferentemente, habría de ser escrita y rígida, además de establecer las competencias exclusivas y limitadas de los diversos órganos titulares del poder estatal; el sometimiento de administración a la ley, la cual debía ser creada y derogada por un órgano de representación popular, siguiendo principios y procedimientos previstos por otras normas jurídicas; la vigencia de un control judicial adecuado; el establecimiento de ciertos derechos y libertades fundamentales y la instrumentación de las garantías constitucionales correspondientes para conseguir la regularidad de los actos estatales con las propias normas jurídicas, así como todas aquellas medidas encaminadas a la limitación y *racionalización* del poder y sobre todo, a garantizar la sujeción de los órganos estatales al Derecho.

Resulta de utilidad al análisis, la visión de Alessandro Baratta, en "Estado de Derecho, derechos fundamentales y Derecho Judicial"<sup>8</sup>, en atención al tópico en comento:

*El origen y el carácter del Estado de Derecho son plenamente germánicos. Es cierto que en su "historia externa" el Estado de Derecho se concreta en último término en los dos componentes*

---

<sup>8</sup> Baratta, Alessandro, "Estado de Derecho, derechos fundamentales y Derecho Judicial", *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, Costa Rica, No. 57, mayo-agosto de 1987, pp. 118-134.

*esenciales de la legalidad y de la división de poderes, entendido como principio de organización jurídica y delimitación de todas las funciones del Estado.*

*En las constituciones modernas el carácter del Estado de Derecho se origina según Schmitt, por la concurrencia del principio de organización y del principio de distribución se concreta en una serie de derechos que se denominan fundamentales o derecho de libertad; el principio de organización se contiene en la doctrina denominada de la separación de poderes que consistente en la división entre legislación, gobierno (administración) y jurisdicción, o con otras palabras, entre Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial.*

*El principio de la separación de los poderes contiene, en su expresión más amplia, la idea de que toda la actividad estatal está vinculada a la ley, esta idea tiene su origen tanto en el principio de la independencia judicial del Ejecutivo, el principio de legalidad de la administración y de su control por el Poder Judicial, como de la distinción conceptual entre ley y acto administrativo con la primacía de la ley.*

En el Estado Moderno, se tiene la creciente concepción de que el ordenamiento jurídico del Estado está imposibilitado para ofrecer certeza jurídica y garantía del efectivo cumplimiento de los derechos de los gobernados, en esta tesitura es que en el Estado de Derecho la *certeza* y la *justicia* aparecen como los valores que prominentemente deben de cumplirse.

Es en atención a la máxima de la certeza jurídica, que se idealiza la realización del fin del Estado, por una parte como un ente que la garantice en los actos de las autoridades, donde las garantías individuales no se vulneren, y por otro lado, que el Estado avale la *justicia*, traducida ésta en una amplia esfera de libertad para los individuos. Es precisamente en esta concepción que en la actualidad el Estado se construye desde una perspectiva del Derecho como es y del Derecho en el marco del deber ser, no sólo en su contenido programático, sino filosófico e ideológico, al vislumbrar el fin del Estado coherente con la realidad social, y no sólo como instrumento de control social del poder.

Gran parte del Constitucionalismo Mexicano del siglo XIX estuvo altamente influido por el ideal liberal burgués del Estado de Derecho; por lo que, varias de las instituciones jurídicas mencionadas se adoptaron en diversos documentos constitucionales, siendo la mejor expresión de ello, la *Constitución Federal de 1857*.

La idea de Estado de Derecho clásico, individualista y liberal, ha evolucionado al *Estado Social de Derecho*, con el objetivo de adaptar las estructuras jurídicas y políticas a las nuevas necesidades del desarrollo técnico, social, económico, político y cultural.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Véase a Martínez Bullé Goyri, Víctor, "El Estado de Derecho. Su origen y evolución al Estado Social de Derecho", *Pemex Lex*, Distrito Federal, México, No. 91-92, enero-febrero de 1996, paráfrasis, pp. 37-48.

Dicho autor apunta que el modelo de organización socio-política que vino a sustituir eficazmente a las monarquías absolutistas, y en algunos casos directamente al régimen feudal ha sido conceptualizado como el Estado Liberal Burgués. Burgués porque es impulsado y desarrollado por ese entonces pequeño y recién surgido grupo social al que se denominó burguesía, por estar formado por aquellos individuos residentes en los burgos nacientes ciudades.

Identificamos como elementos básicos en lo político los siguientes: soberanía, democracia, teología del estado, división de poderes y un modelo de gobierno caracterizado como estado gendarme. En la parte jurídica nos encontramos con: el Constitucionalismo Moderno, el principio de legalidad, la igualdad formal, los derechos humanos y el Estado de Derecho.

Con el Estado Liberal surgen los regímenes constitucionales y con ellos el llamado *Constitucionalismo Moderno*, el desarrollo del Constitucionalismo permitió a su vez conceptualizar al Derecho como un simple ordenado y jerarquizado, lo que hasta este momento no era conceptualmente posible, había Derecho pero no había sistema jurídico. El surgimiento del Constitucionalismo es consecuencia lógica de la necesidad de limitar y controlar a quienes detentan el poder político y de la atribución de la soberanía a la nación. En primer lugar, sólo mediante la construcción de un orden jurídico la nación podía estructurar la vida institucional y regular la actividad de los particulares de forma coherente y permanente, así como establecer los espacios y procedimientos para la construcción de la voluntad general.

De la misma manera, la única forma de controlar a quienes detentas el poder es mediante el establecimiento de las estructuras de gobierno con una clara delimitación de las facultades de los órganos e individuos que participan en él, convirtiéndose el Derecho no sólo en el límite al ejercicio del poder sino en el espacio único de su ejercicio. Es claro que el Constitucionalismo implica necesariamente el reconocimiento de la supremacía jerárquica de la norma constitucional frente al resto del sistema jurídico, del cual ella misma se convierte en fuente y causa. La constitución por otra parte en el marco del pensamiento liberal no es sólo un texto o una norma, sino que implica como necesidad un conjunto de elementos de los que podríamos llamar el sistema constitucional liberal que incluye los límites al poder y la delimitación de sus facultades, los derechos humanos, la democracia, la sujeción del poder político al derecho entre otros.

*La ley que se concibe en el Liberalismo es una ley que es en primer lugar, acorde con los principios iusnaturalistas, esto es, acorde con una Moral Social con pretensiones de objetividad, fundada en su propia racionalidad*, además de que es la expresión de la voluntad general como resultado de su formulación democrática. Entendida de otra forma, la ley se convierte en simple acto arbitrario, individual y colectivo, y deja de ser ley-en sentido estricto- al perder sus valores.

Con la concepción de Estado Social de Derecho se ha pretendido superar las deficiencias del Individualismo Clásico Liberal, caracterizado por la abstención estatal, a través del reconocimiento, tutela de ciertos derechos sociales, realización y objetos de bienestar y justicia sociales. De este modo, el Estado Social de Derecho se caracteriza por su intervención creciente en las actividades económicas, sociales, políticas y culturales, para coordinar y armonizar los diversos intereses de una comunidad pluralista, redistribuyendo los bienes y servicios, en busca de la justicia social.

Una vez indicadas las peculiaridades del Estado Social de Derecho, es necesario subrayar que conserva las características del Estado de Derecho, en concreto, la sujeción de los órganos estatales al Derecho, el hecho de que las leyes emanen de un órgano de representación popular, bajo procedimientos previstos por otras normas jurídicas; la distribución y control del ejercicio del poder político; la legalidad de la administración y un control judicial suficiente; la garantía de los derechos y libertades fundamentales, entre muchos más.

En esta tesitura, de acuerdo con las referencias de J. Jesús Orozco Henríquez<sup>10</sup>, la positivización del Estado Social de Derecho surgió de manera incipiente, en la Constitución Federal Mexicana del 5 de febrero de 1917 (*Constitucionalismo Social*) y fue continuada en la primera posguerra por la

---

El Estado de Derecho, que no es sino la vigencia real y efectiva del Derecho en la sociedad, donde las conductas tanto públicas como privadas se someten a la norma jurídica, es, evidentemente, la consecuencia o resultado de la operación eficiente de los elementos jurídicos del Estado Liberal al que acabamos de referirnos, el Estado de Derecho, significa en sí mismo: la efectiva vigencia jerárquicamente superior de la constitución, el respeto del principio de legalidad, la vigencia de la ley, igual para todos los miembros de la sociedad y el respeto y garantía cotidianos de los derechos humanos.

El elemento fundamental del Estado de Derecho es el sometimiento de quien detenta el poder a la ley, en cuanto esta expresa la voluntad de la soberanía y no lo contrario, que es el sometimiento de la ley al gobernante, que así la prostituye y convierte simplemente en herramienta para ejercer su gobierno, lo cual sólo puede darse cuando previamente se ha destruido la posibilidad de vigencia de la democracia."

<sup>10</sup> *Diccionario Jurídico Mexicano, op. cit.*, nota 3, paráfrasis, p. 1329.

Constitución Alemana de *Weimar*, expedida el 11 de agosto de 1919, para lograr imponerse como vigente en gran parte de los países desarrollados occidentales.

En el mismo sentido Gerardo Meil Landwerlin<sup>11</sup> apunta que, la fórmula concreta *Estado Social de Derecho* no aparece como tal hasta el turbulento periodo de la República de Weimar y concretamente de la pluma del teórico del estado de orientación socialista Hermann Heller en un famoso artículo titulado *rechtsstaat oder diktatur*<sup>12</sup>, en que el Estado de Derecho aparece formulado como Estado Social de Derecho por oposición a la visión liberal, considerada en forma generalizada como caduca, y frente a formulaciones totalitarias del Estado, fueran de origen nacionalista o bolchevique.

*...la Constitución de Weimar introdujo por vez primera en la historia del Constitucionalismo Democrático Occidental una lista de derechos sociales en el texto constitucional, aunque continuara manteniendo la formulación de la República como Estado de Derecho, lo cual supuso reconocer, en el ámbito de la constitución, el fin de la concepción liberal del Estado de Derecho.*<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Meil-Landwerlin, Gerardo, "El Estado Social de Derecho Forsthoff y Abendroth dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas", *Revista de Estudios Políticos, Nueva época*, Madrid, España, No. 42, noviembre-diciembre de 1984, paráfrasis, pp. 211-225.

<sup>12</sup> Estado Constitucional o dictadura.

<sup>13</sup> Meil-Landwerlin, Gerardo, *op. cit.*, nota 11.

"El Estado Social de Derecho se configura frente al concepto formalizado y desnaturalizado del Estado de Derecho, fenómeno que apareció en Alemania, a juicio de Heller, tras la revolución de 1848, con la positivización del Derecho y el establecimiento del principio de actuación de la administración conforme al criterio de calculabilidad (sic) del Derecho y no según el criterio de pertinencia, conformándose, por tanto, la fórmula Estado Social de Derecho como una recuperación del sentido original asociado a la idea de justicia social y de igualdad."

"Forsthoff parte de la distinción fundamental Estado de Derecho y Estado Social, que constituyen, desde un punto de vista, dos formas de estado radicalmente distintas, que responden también a dos tipos de sociedad distintos, a saber: la sociedad burguesa, preocupada por garantizar la libertad individual en el marco de la ley para lo que se construye el Estado como Estado de Derecho, formula técnico-jurídica únicamente válida para garantizar tal fin, y la sociedad industrial basada en la técnica, que asume como función esencial del Estado la "procura existencial" de los ciudadanos del mismo. Estado y sociedad civil se constituían así en esferas claramente distintas y diferenciadas, con intereses también (radicalmente) diferentes."

"Esta construcción de Estado y de su relación específica con la sociedad civil comienza a hacer crisis con la Constitución de Weimar, crisis que se muestra con el reconocimiento constitucional de los llamados derechos sociales, pero que no adquiere grandes proporciones, debido a la inaplicación de tales derechos, al ser considerados como no jurídicos y a la corta vida de que disfrutara la propia constitución. La Ley Fundamental de Bonn es el texto constitucional que recoge la nueva forma de organización de las relaciones del Estado con la sociedad civil, definiendo al Estado como Estado Federal, Democrático y Social, y como Estado



## A. Los principios del Estado de Derecho en México

El Estado de Derecho concebido como un estado que materializa los principios constitucionales, atiende en su forma a diversas máximas, las cuales son reiterativamente empleadas por los juzgadores de amparo para justificar sus decisiones; en este sentido, es necesario conocer algunos de dichos principios y analizar en qué medida los jueces los entienden y aplican, dando una pretendida *racionalidad* a sus decisiones.

Rafael de Asís Roig<sup>14</sup> indica lo siguiente:

- 1) *"Estado de Derecho" hace referencia al Estado que actúa, mediante la separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, y que lo limitan al ser emitidas.*
- 2) *"Estado de Derecho" hace referencia al Estado que actúa, mediante la separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, y que lo limitan tanto por emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente.*
- 3) *"Estado de Derecho" hace referencia al Estado que actúa, mediante la separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, que protegen la autonomía individual y que lo limitan tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente.*
- 4) *"Estado de Derecho" hace referencia al Estado que actúa, mediante la separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, fruto de la participación de los ciudadanos, y que lo limitan, tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente.*

---

Democrático y Social de Derecho. La característica definitoria básica del Estado Social está en lo que Forsthoft ha denominado "procura existencial" del Estado, frente a la garantía de la libertad individual a la que se dirigía toda la construcción técnico-jurídica del Estado de Derecho."

"Para llegar al concepto de "procura existencial" de Estado hay que poner en manos del Estado la presentación de servicios satisfactorios de necesidades individuales no realizables por el individuo; si en la sociedad liberal la prestación de determinados servicios la acometía la sociedad civil, en la moderna sociedad industrial que concibe al Estado como Estado Social, la prestación de tales servicios ha de ser efectuada por el Estado y ello es lo que se constituye en Estado Social."

<sup>14</sup> Asís Roig, Rafael de, "Modelos teóricos del Estado de Derecho", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, España, No. 22, 1999, pp. 221-232.



5) "Estado de Derecho" hace referencia al Estado que actúa, mediante la separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, consideradas justas en su conjunto, y que lo limitan, tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente. Esta concepción varía dependiendo de los derechos que se identifiquen con la idea de justicia. Así, existirían tres variantes: 5.a) donde "consideradas justas", se sustituye por "que protegen derechos individuales"; 5.b) donde "consideradas justas", se sustituye por "que protegen derechos sociales"; 5.c) donde "consideradas justas" se sustituyen por "que protegen derechos individuales y sociales".

6) "Estado de Derecho" hace referencia al Estado que actúa, mediante la separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, fruto de la participación de los ciudadanos y consideradas justas, en su conjunto, y que lo limitan, tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente.

De acuerdo con el autor en cita, podemos extraer ciertas constantes en el Estado de Derecho, tales como: separación de poderes, normas generales, que lo limitan al ser emitidas y conocidas, formando un conjunto unitario y coherente, que protegen la autonomía individual, fruto de la participación de los ciudadanos, consideradas justas en su conjunto, que protegen derechos individuales y sociales. Tópicos que deben ser tomados en cuenta por el juzgador. Por su parte, Moisés Moreno Hernández<sup>15</sup> apunta en el siguiente sentido:

1) *División de poderes.* Para el ejercicio de la soberanía que esencialmente reside en el pueblo, el Estado se estructura de diversos órganos, cada uno de los cuales tiene delimitada su función por la propia ley para proteger a los hombres frente al despotismo y origina otros principios como el de reserva y el de legalidad.

2) *Principio de reserva.* A cada órgano del Estado le está reservada una determina facultad que no debe ser ejercida por otro órgano.

3) *Principio de legalidad.* Conforme al cual cada órgano del Estado en ejercicio de su poder debe moverse dentro del marco de legalidad que le fijan tanto la constitución como las leyes secundarias, esto es,

<sup>15</sup> Moreno Hernández, Moisés, "El Estado de Derecho Mexicano", *Crónica Legislativa*, Distrito Federal, México, Año V, nueva época, No. 8, abril-mayo de 1996, pp. 55-82.

*los actos provenientes del Estado, deben ser actos fundados, en el Estado de Derecho no deben ser actos arbitrarios o caprichosos.*

*4) Principios de legitimidad. Que señala que el Estado, como expresión de la voluntad popular que es está legitimado para el ejercicio de su poder pero no para ello conducirse por los causes de la legalidad.*

*5) Principio de igualdad ante la ley. Según el cual el Derecho es igual para todos, es decir, el Derecho debe aplicarse a todos sin discriminación por razón de raza, religión, sexo, preferencia política o condición social.*

En el mismo tenor de exposición, como principios constantes del Estado de Derecho aparecen los siguientes: la división de poderes, la legalidad, la legitimidad y la igualdad ante la ley. *Dentro de la legalidad, la misma se enmarca a que la actuación del juzgador se circunscriba al marco constitucional y legal, pero el "sistema derecho" en ningún punto prevé que dichos referentes de normas legales pudieran ser ilegales, y por ende, causar más un daño que una verdadera y efectiva protección a los gobernados, situación que los operadores jurídicos se ven impedidos legalmente a atender, porque en caso contrario es una causa de responsabilidad no constreñirse al marco jurídico nacional.*

Sin embargo, *interpretan las normas jurídicas llegando a desprender de ellas situaciones no previstas por el legislador, de igual forma, analizan pruebas llegando a conclusiones de las cuales no puede advertirse un proceso lógico en la toma de decisiones, y en dichos casos -sólo por hacer mención a algunos-, parece ser que tales procesos de decisión son parte de su actuación, justificados en un marco de legalidad, bajo el cobijo de la discrecionalidad e independencia, pero que en ningún punto proporcionan coherencia ni justificación a su actuación.*

Rodolfo Vázquez<sup>16</sup> en su artículo "Estado de Derecho y corrupción (compromisos para un universitario)", nos proporciona un elemento que me parece prudente retomar -la claridad-, al respecto así indica:

- a) *En cuanto a la autoridad que emite las normas, debe hallarse facultada para hacerlo por una norma jurídica de competencia. Esta exigencia cancela la posibilidad de los gobiernos de facto y la actuación ultra vires de cualquier autoridad.*
- b) *Las normas jurídicas deben ser generales, es decir, sus destinatarios deben ser identificados mediante rasgos generales y no mediante descripciones particulares o definidas.*
- c) *Las normas jurídicas deben ser prospectivas y no retroactivas, estables aunque no inmutables en el tiempo. La prohibición de la retroactividad cumple con la exigencia de justicia de que el individuo no sea objeto de un reproche o una sanción por una conducta anterior en el tiempo y que, por tanto, no es ya posible reconsiderar.*
- d) *Las normas jurídicas deben ser públicas y claras. El principio de publicidad y de transparencia de las leyes es requisito indispensable para el desarrollo de un proyecto de vida personal confiable. De la misma manera, la claridad excluye el uso deliberado de expresiones de gran vaguedad, tipos penales abiertos o conceptos indeterminados que sólo contribuyen al incremento desmesurado de la discrecionalidad potencialmente amenazadora de la seguridad ciudadana.*

La claridad, entendida de acuerdo al autor, como la exclusión del uso deliberado de expresiones vagas, conceptos indeterminados, que nos arrojan la justificación de la discrecionalidad; los jueces, en el empleo del entramado lenguaje jurídico, llegan a hacer uso de términos sumamente vagos que *justifican* las decisiones que toman, bajo los cuales pretenden sintetizar todo el proceso de la toma de decisiones, tal es el caso de concepciones como *justicia* o causa de pedir.

De acuerdo a la concepción de Estado de Derecho, el listado de principios se hace cada vez más extenso, debido a las incongruencias suscitadas en los tres

---

<sup>16</sup> Vázquez, Rodolfo, "Estado de Derecho y corrupción (compromisos para un universitario)", *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Distrito Federal, México, Año 20, No. 20, 1996, pp. 833-842.

niveles de gobierno; por su parte María Cristina Gómez Isaza<sup>17</sup>, en su artículo "El Estado Social de Derecho como directiva de interpretación constitucional", nos proporciona además de los ya mencionados, un principio de especial trascendencia, *"un Poder Judicial que motive las sentencias, que sea homogéneo en la interpretación de la normatividad sin mengua de su independencia e imparcialidad."*

*a) El reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo.*

*b) Un Poder Judicial que motive las sentencias que sea homogéneo en la interpretación de la normatividad sin mengua de su independencia y su imparcialidad.*

*c) La legalidad estricta de la acción administrativa y el control de la misma.*

*d) La reserva de ley, que asegura que los ámbitos de libertad que corresponde a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes y quedan por fuera de la acción del Ejecutivo.*

Al respecto de este principio podemos decir, que en la práctica judicial es uno de los más empleados para justificar sus decisiones, toda vez que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en jurisprudencia ha dado línea de interpretación a los tribunales colegiados para que estimen en qué momento se considera que una sentencia es fundamentada y motivada.

---

<sup>17</sup> Gómez Isaza, María Cristina, "El Estado Social de Derecho como directiva de interpretación constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPB*, Medellín, Colombia, No. 99, 1998, pp. 157-173.

Asimismo, la Ley de Amparo en su artículo 192<sup>18</sup> preceptúa la obligación de acatar la jurisprudencia por parte de todos los órganos del Poder Judicial del país. En este sentido, no obstante que la jurisprudencia sea deficiente, por ley es obligatoria; por lo que, los jueces no están en posibilidad de cuestionar lo contenido en ella, y por ende, están obligados a aplicarla, atentando gravemente a la justificación de las decisiones judiciales de las sentencias, para el caso de lo que, la Suprema Corte entiende como fundamentación y motivación es uno de los grandes problemas y lagunas a los que se enfrentan los jueces constitucionales.

La independencia de los jueces es otro de los problemas a los que se enfrenta el Poder Judicial. Dentro del marco constitucional y legal, se han emitido una serie de normas que pretenden garantizar la independencia del organismo, pero con pocos resultados fácticos, a efecto de lograr la autonomía, en nuestro sistema constitucional mexicano se establece la división de poderes, pretendiendo que cada nivel de gobierno actúe bajo las determinaciones y facultades propias de cada uno de ellos.

Sin embargo, el hecho es, que falta mucho por hacer en este sentido, toda vez que la conformación legal del Poder Judicial, la forma de designación de jueces, magistrados y ministros, así como, la asignación presupuestaria y los órganos de control y vigilancia, son aspectos que no son independientes; por lo que, ello incide en el dictado de las sentencias, porque desde el marco legal no

---

<sup>18</sup> Artículo 192 de la *Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación: 17 de abril de 2009, ley publicada en el Diario Oficial de la Federación, el viernes 10 de enero de 1936.

"Artículo 192. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustenten en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se tratara de jurisprudencia del pleno, o por cuatro ministros, en los casos de jurisprudencia de las salas. También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados."

hay transparencia que fortalezca y respalde las decisiones de los jueces y de los magistrados.

Al respecto, también debe decirse que el cumplimiento de la función jurisdiccional obedece a intereses que no están plasmados en el proceso. En este sentido Ivonne Parra Tapia Morales<sup>19</sup> en su artículo "Estado de Derecho, Poder Judicial y la protección de los derechos humanos" y Pablo Lucas Verdú<sup>20</sup> en su artículo "Estado de Derecho, Poder Judicial y la protección de los derechos humanos", precisan:

Ivonne Parra Tapia Morales, indica:

- a) Principio de reserva legal. Este principio tiene como norte que toda intervención en la libertad y propiedad de los ciudadanos tenga lugar en virtud de una ley general.*
- b) Principio de irretroactividad de la ley. Este principio señala que la ley que entre en vigencia no tiene efectos hacia el pasado, protegiéndose de esta manera, los derechos ya adquiridos bajo la vigencia de la ley anterior.*
- c) Principio de independencia de los jueces. Se encuentra ligado al dogma de la división de los poderes consagrando la facultad que tienen los jueces de cumplir la función jurisdiccional ajeno a toda intervención de fuerzas extrañas a ellos.*
- d) Principio de jerarquías de las normas. Este principio constituye uno de los últimos perfeccionamientos del Estado de Derecho, siendo creado por el austriaco Hans Kelsen. Tiene su fundamento en razón de carácter dinámico del Derecho, por lo cual, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma.*

Por su parte Pablo Lucas Verdú, señala:

- a) Primacía de la ley que regula toda la actividad estatal, tanto la esfera ejecutiva como jurisdiccional.*

<sup>19</sup> Parra Tapia de Morales, Ivonne, *op. cit.*, nota 5, pp. 45-75.

<sup>20</sup> Citado por Garza Grimaldo, José Gilberto, "Aspectos generales sobre el Estado de Derecho", *Lex. Difusión y Análisis*, Torreón, Coahuila, México, Tercera Época, Año IV, No. 31, enero, 1998, pp. 24-30.

- b) Un sistema jerárquico de normas que realiza la seguridad y que se concreta en el rango diverso de las distintas normas y en su correspondiente grado y ámbito de validez.*
- c) Legalidad de la administración, estableciéndose un sistema de recursos en beneficios de los posibles afectados.*
- d) Separación de poderes como garantía de la libertad y freno de posibles abusos, esta separación se interpreta de modos distintos.*
- e) Reconocimiento y garantía de los derechos y libertades fundamentales incorporados al orden constitucional.*

Del análisis de los modelos enunciados por los diversos autores, como requisitos para considerar que un Estado se circunscribe dentro de un Estado de Derecho, parece recurrente observar con primacía: la separación de poderes, la autonomía de los jueces<sup>21</sup> y la justicia constitucional, como base fundamental para limitar el exceso en los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, logrando un equilibrio.

En un Estado Constitucional Democrático existen diversas constantes para su conformación y mantenimiento, que no podemos soslayar en su estudio; tales como: división de poderes, facultades de las autoridades, legalidad, legitimidad, igualdad ante la ley, competencia, no retroactividad de la ley, derechos

---

<sup>21</sup> La realización del Estado de Derecho tiene como presupuesto básico la autonomía del Poder Judicial, y concretamente que existan las condiciones necesarias para que los jueces y magistrados tomen decisiones jurídicas en circunstancias de plena libertad para resolver, es decir, que estén libres de coacciones políticas u de cualquier otra índole, que su juicio no se vea afectado por presión alguna de las partes en litigio, así como por ningún otro operador jurídico que sea superior jerárquico. Puesto que en México, no es difícil encontrar presiones políticas en razón de la repercusión social del asunto, pero es precisamente que necesitamos jueces a la usanza del Juez Hércules de Dworkin, que resuelvan racionalmente los asuntos sometidos a su consideración, prescindimos de débiles de carácter, que ante la menor comunicación del Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cambien el sentido del asunto, de complacientes secretarios proyectistas que cuando resuelven un asunto tienen la convicción del sentido y racionalidad jurídica del mismo, pero ante la menor insinuación del juez o magistrado, le restan todo el trabajo de investigación a su proyecto de sentencia y sin racionalidad que sustente la decisión judicial del asunto a resolver, cambian el sentido del proyecto. Es difícil desacatar la "orden del jefe", pero no imposible; ya que en su caso se puede hacer la petición de que se les retire de ese asunto, se turne a otro secretario proyectista, puesto que ellos no podrían dejar que un proyecto en el cual no creen en su racionalidad jurídica, por compartir un criterio diferente al del titular del órgano jurisdiccional (opinión jurídica con igual pretensión de verdad que la del juez, aunque no con facultad de imperio, lo cual no le hace menos racional) lleve su nombre y firma; un juez o magistrado *auto consciente* dejará que el secretario proyectista se retire con plena libertad de ese asunto, comprendiendo las razones epistemológicas que tuvo para ello; en cambio un operador jurídico autoritario y egocéntrico no entenderá que un subalterno no acate sus órdenes por no compartir la racionalidad jurídica de dicho proyecto de sentencia.



fundamentales, independencia del Poder Judicial, fundamentación y motivación de las decisiones judiciales, interpretación homogénea, imparcialidad, jerarquía de normas. Todo ello, a efecto de dar a los gobernados un marco de seguridad jurídica en la realización del Estado de Derecho.

Los diputados, los senadores, el Presidente de la República y demás funcionarios del gobierno mexicano, tienen legitimidad porque su designación en el cargo es efectuada por elección popular, lo cual se traduce en la posibilidad que tienen los gobernados de elegirlos directamente. En cambio, en el caso de los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación, en concreto, los jueces y magistrados no son designados por votación popular; entonces, a diferencia de la legitimidad de los funcionarios de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, los juzgadores no están revestidos de tal cualidad; sin embargo, ello no es impedimento para que se legitime su designación en el puesto.

Cabe mencionar que los exámenes para acceder a los cargos de juez y magistrado, los cuales son realizados por el Consejo de la Judicatura Federal a través del Instituto de la Judicatura Federal, así como, la carrera judicial descrita en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, no implican que el ciudadano tenga injerencia en la designación y, ello, tampoco se traduce en que sean legítimos.

Es por tal razón que, *una forma de legitimar su designación, lo constituye el cambio de racionalidad de las decisiones jurídicas de sus sentencias; la consistencia metodológica y coherencia, son las condiciones que posibilitan el hecho de que como ciudadano mexicano se pueda considerar que la designación del juez o magistrado es justificada; no obstante, que no haya sido elegido por elección democrática y popular, se realiza el Estado Constitucional Democrático. Puesto que la coherencia y congruencia de su decisión es acorde a la realidad, le permea de legitimidad, al realizar la labor judicial con responsabilidad, teniendo en*



---

cuenta que no sólo resuelve en atención a dirimir la controversia sometida a su consideración, sino que al emitir su criterio jurídico, tiene siempre presentes a todo el foro jurídico y a la sociedad misma, que someterá a escrutinio público la congruencia de su decisión y le reclamará justicia, o por lo menos, la consistencia en la misma.

De una lectura de los principios enunciados podemos advertir que, el Estado de Derecho concebido bajo la óptica que he venido relatando, debe tener como objetivo la realización de fines consistentes en la creación y mantenimiento de las condiciones de satisfacción de necesidades de la comunidad que lo creó para tal efecto; puesto que la coherencia, congruencia y certeza jurídica son algunos de los objetivos de la sociedad.

Es por ello, que no podemos soslayar a la constitución como la norma fundante del Estado que hemos descrito, en el marco democrático, en la medida en la que el Estado se sujete al orden jurídico y, en el respeto de los derechos fundamentales, realizará al Estado de Derecho y aparecerá la seguridad jurídica como elemento resultante y deseado por los gobernados.

El Estado de Derecho, concebido de esta manera, exige varios elementos para que pueda configurarse, tales como, el reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre, que en el caso de México, se ven consagrados a través de las garantías individuales contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respecto de los cuales se exige que el Estado vele por su observancia, estricto cumplimiento y respeto y, en cuyo caso, se exige de las autoridades el sometimiento al Derecho, materializándose así un control judicial, que regula la actuación de la autoridad a la norma fundamental, siendo esto un instrumento de limitación del poder.

También resulta que no debemos soslayar en nuestro análisis, el hecho de que el Estado de Derecho implica una limitación del poder político por el Derecho, en donde la constitución juega un papel preeminente; ya que consagra diversos principios políticos y jurídicos -no siempre derivados de la realidad social-, reconociendo los derechos fundamentales, garantizándolos a través del control constitucional, al respecto Carlos Báez Silva, afirma lo siguiente:

*El Estado de Derecho puede ser definido como aquél en el cual el poder político está limitado por el Derecho, cuyas características consisten en que en su constitución consagra la división de poderes, reconoce y garantiza un catálogo de derechos fundamentales y el ejercicio de sus atribuciones está sometido a lo que expresamente señala la ley, la que es expresión mediata de la voluntad popular a través de los mecanismos de representación política.<sup>22</sup>*

Dionisio J. Kaye, en "Consideraciones jurídicas sobre el Estado de Derecho en México" afirma, que el Estado de Derecho se traduce en una situación en la cual el gobierno y los individuos "*hacen de la ley un modo cotidiano de vivir*". Por tanto, siendo que los principios fundamentales deben concretarse en una aplicación del Derecho en la que haya certeza; en este aspecto, yo sumaría que exista *consistencia*, es decir, que en igualdad de casos sometidos al arbitrio judicial, se apliquen las mismas decisiones, materializándose efectivamente un Derecho Jurisprudencial en el que consiguientemente, el sistema de precedentes otorgue permanencia en los criterios jurídicos, y por ende, en la decisión del juzgador.

En la actualidad acontece, que no hay coherencia de criterios y, menos aún, estabilidad de los mismos en casos iguales, generándose amplia gama de interpretaciones y directrices de resolución, bajo las cuales argumentan y *justifican* sus decisiones, pero que en ningún caso son consistentes y coherentes a la

---

<sup>22</sup> Báez Silva, Carlos, "La motivación y la argumentación en las decisiones judiciales", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Distrito Federal, México, Consejo de la Judicatura Federal, 2002, pp. 107-113.

realidad del caso, por la multiplicidad de criterios existentes. Esto genera incertidumbre; porque en no pocas veces sucede que el sentido del fallo depende del tribunal en el cual se resuelve un asunto, sin que haya uniformidad en los criterios de los tribunales federales.

Al respecto Dionisio J. Kaye, precisa:

*Estado de Derecho no es una acepción jurídico política, sino es un sinónimo de situación en la que gobernantes y gobernados hacen de la ley un modo cotidiano de vivir, sobre todo, cuando la ley obedece los principios fundamentales de su gestación, elaboración, promulgación e imperatividad, estos principios se concretizan en generalidad, igualdad y certeza y su aplicación se lleva a cabo con independencia de los poderes y fuera de la discrecionalidad administrativa.*<sup>23</sup>

Contrario a lo estipulado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Poder Judicial en nuestro país, no se vislumbra como un poder garante de los derechos, pues ante la discrepancia de criterios e inconsistencia de los mismos, no se puede materializar una certeza jurídica a los individuos que son parte en un proceso judicial. Carlos Alfredo Botassi<sup>24</sup> hace especial énfasis a la importancia de las instituciones de un país, para considerar que plenamente se materializa el Estado de Derecho:

*Cuando un Estado configura jurídicamente la organización y el ejercicio del poder político de manera que los individuos están protegidos por la existencia previa de normas e instituciones jurídicas garantizadoras (sic) de sus derechos y libertades, cuando la actividad estatal se somete a normas e instituciones jurídicas sin mas excepciones que las exigidas por el bien común, ese Estado es un Estado de Derecho.*

<sup>23</sup> Kaye, Dionisio, "Consideraciones jurídicas sobre el Estado de Derecho en México", *Emprendedores*, México, Distrito Federal, No. 45, mayo-junio de 1997, pp. 51-53.

<sup>24</sup> Botassi, Carlos Alfredo, "El incumplimiento de las sentencias contra el Estado como evidencia de la crisis del Estado de Derecho", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, Argentina, Año XXXIII, No. 53, marzo-diciembre de 1993, pp. 239-270.

Es menester hacer especial pronunciamiento a las interrogantes planteadas por Botassi "*¿Cómo hacer efectivos en los hechos, los principios teóricos del Estado de Derecho? ¿Cómo evitar los abusos de poder?*". Así, podemos aseverar, que éste debe ser uno de los principales cometidos del Poder Judicial. La labor del juez debe ser concretar las máximas constitucionales al momento de tomar una decisión que dirima los conflictos, puesto que, si la sentencia judicial pretende ser la concreción de la <justicia> (o al menos, ese el argumento más utilizado), es en la praxis de los principios constitucionales sobre los que se debe edificar el Estado de Derecho.

Si la decisión judicial no es explicable en atención a los pilares teóricos sobre los que se construye el Estado de Derecho, parece no haber razón para que nazca a la vida jurídica; puesto que *no justifica sus efectos, consecuencias y, por ende, de la misma manera, no logra legitimar el poder otorgado al órgano que la emitió, atentando contra la democracia misma.*

En este sentido Botassi, asevera:

*...la soberanía del Estado reposa sobre una sola noción: la justicia. El Estado será tal en la medida que sea capaz de hacerla respetar y respetarla.*<sup>25</sup>

Asimismo, podemos decir que de acuerdo al texto constitucional, el ejercicio de las atribuciones de las autoridades a lo que expresamente señala la ley, pretende ser la expresión inmediata de la *voluntad popular* a través del mecanismo de representación política; sin embargo, entre las facultades de las autoridades no se encuentra una verdadera limitación a su forma de decisión y, menos aún, una real exigencia a que haya consistencia metodológica en sus fallos.

---

<sup>25</sup> *Idem.*

---

*La justificación de la decisión judicial juega un papel preeminente en la realización del Estado de Derecho; si retomamos nuevamente los principios constitucionales como elementos a través de los cuales se gesta el Estado de Derecho, es el juicio de amparo el medio de control constitucional a través del cual se garantiza la protección de las garantías contenidas en la Carta Fundamental, la cual pretende ser garante de las prerrogativas mínimas de los individuos frente a los actos de autoridad de los individuos y, en concreto, la restitución a los gobernados en el goce de sus garantías individuales violadas por los actos de autoridad.*

*Así las cosas, los órganos jurisdiccionales tienen el deber de razonar sus determinaciones, porque es bajo este ejercicio de justificación que el poder político delegado al Poder Judicial -que ejercita a través de la función jurisdiccional-, se ve sujeto al efectivo ejercicio del poder, circunscribiendo su actuación a la práctica de las atribuciones que expresamente le señala la legislación; sometiéndose así, su potestad al marco del Derecho, de la constitución y de la ley, en cuya última consecuencia se realiza pragmáticamente la voluntad popular, que fue delegada en la división de poderes. Al respecto, es importante tomar en consideración lo apuntado por José Luis Cascajo Castro en "Consideraciones sobre el Estado de Derecho":*

*En el tránsito que lleva a barrer con el Estado liberal burgués de Derecho, se impone "la democratización (sic) de la justicia administrativa" impidiendo que sea justicia de clase, también una cuidadosa y desprejuiciada revisión de los mecanismos procesales que rigen la justiciabilidad (sic) de la administración, fortaleciendo los amplios poderes del juez en materia de desviación de poder.<sup>26</sup>*

---

<sup>26</sup> Cascajo Castro, José Luis, "Consideraciones sobre el Estado de Derecho", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, España, Nos. 189-190, mayo-agosto de 1973.

Al respecto de las ideas sostenidas en líneas precedentes, es menester mostrar el criterio sostenido por Julia Barragán, en el artículo "La decisión judicial y la información":

*La construcción de una decisión es siempre un proceso complejo, en el que combinan la evaluación de diversas alternativas de acción (condenar/absolver/admitir/rechazar) con la evaluación de las situaciones del entorno que generalmente asumen también un carácter complejo. Los elementos normativos, como los elementos fácticos. De esta evaluación cruzada surge la decisión judicial, cuyas consecuencias se proyectan directamente al menos en dos esferas: primero, la del propio asunto resuelto mediante la decisión, y segundo la de la confianza pública en el Estado racional de derecho (sic). Esta última esfera posee una trascendencia política tal que difícilmente podría ser exagerada.*

*La decisión judicial siempre es elaborada y definida bajo condiciones de incertidumbre...La incertidumbre se pone de relieve cuando se ve que es posible derivar una serie de consecuencias diferentes tanto a medida que se agregan nuevas consideraciones de hecho, como cuando se hacen jugar de distinta manera los elementos normativos.*

*...Una decisión aunque sea válida es siempre tomada bajo condiciones de incertidumbre.<sup>27</sup>*

Es necesario precisar que una de las posturas del presente trabajo de investigación, es la relativa a que las decisiones judiciales en la mayoría de los casos son tomadas bajo una perspectiva de falta de conocimiento de la Teoría Jurídica Contemporánea, *pues las determinaciones no corresponden coherentemente con todos los elementos del proceso*; puesto que, primero se toma la decisión, partiendo del *sentir del juzgador* -sin embargo, sin que se desdeñe tal situación, la comprensión de este proceso, será analizada al final de la presente investigación- y después se lleva a cabo el proceso de justificación de la misma. En este sentido, es oportuna la idea de la autora mencionada, ya que

---

<sup>27</sup> Barragán, Julia, "La decisión judicial y la información", *Isonomia*, Distrito Federal, México, No. 1, octubre de 1994.

afirma que no obstante la validez de la decisión, la misma es siempre tomada bajo condiciones de incertidumbre.

Por lo que, no debe ser obstáculo para el juzgador, que no obstante las circunstancias de oscuridad jurídica en las que se ve compelido a resolver, no le prescinde de la obligación del empleo de elementos que le den validez a sus determinaciones.

En el análisis de la toma de decisiones en las sentencias, en la *justificación* del razonamiento del juzgador, el cual es siempre efectuado en un escenario de incertidumbre, porque no tiene la plena certeza de la forma en que ocurrieron los hechos que le exponen las partes en conflicto; por lo que, resuelve de acuerdo a una verdad legal, la cual se forma con las constancias de autos; entonces, se emplean instrumentos que otorgan al juez la posibilidad de argumentar apológicamente sus razonamientos.

Lo reseñado líneas arriba nos lleva a correr el riesgo de que los jueces justifiquen sus determinaciones, sólo en base a la coherencia de la argumentación, más no acorde a la realidad que viven las partes en conflicto, y es así, como la argumentación juega un papel importante en la actividad judicial, porque otorga racionalidad lingüística a todo tipo de decisiones. Así se cae pragmáticamente en la tesis sostenida por el *Realismo Norteamericano*, la cual asevera que, *el juzgador primero toma la decisión que estima aplicable a la solución del caso en concreto sometido a su consideración y que habrá de plasmar en su sentencia, y posteriormente, busca racionalizar dicho resultado tratando de evidenciar que el mismo proviene de la norma jurídica aplicable al caso.*<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> La racionalidad de las decisiones judiciales se reviste por diversos elementos, tales como los instrumentos proporcionados por la argumentación e interpretación jurídica, pero la toma de decisiones en el contexto de descubrimiento y el en el de justificación es menester traer a debate, que en no pocas ocasiones dentro del contexto de descubrimiento, la premisa elegida es incorrecta, pues no se elige el método adecuado (véase el

Julia Barragán señala, que una característica fundamental de la justificación en la construcción de la decisión es que ésta no puede elaborarse fuera o separadamente de la propia edificación, es decir, debe ir acompañada al proceso de definición del fallo. En este sentido, la autora en cita, indica:

*Aunque es perfectamente posible lograr una argumentación justificatoria coherente con algún principio para una decisión ya tomada, sólo tiene carácter de racional aquella que ha acompañado en su totalidad el proceso de construcción de la decisión y no aquella que se refiere a un acto de decisión ya tomado.<sup>29</sup>*

Apuntadas las consideraciones precedentes, no podríamos acertadamente sostener la existencia y realización del Estado de Derecho, a través de la decisión judicial, si esta última no es elaborada con los elementos que le den la justificación necesaria para alcanzar la máxima del legislador; puesto que las consecuencias de las decisiones plasmadas en las sentencias, una vez que alcanzan una ejecución material repercuten en la esfera privada y pública de los gobernados. En primer término, al dirimir la controversia entre los contendientes, y en segundo

---

capítulo segundo del presente estudio) para la investigación y elección de la misma, de tal manera que si desde ese punto, las consideraciones debatidas para tomar una decisión están mal planteadas, el producto final que es la decisión o resultado judicial, será incorrecto metodológicamente por la errónea selección de las premisas.

Ya en el contexto de justificación se pretenderá hacer uso de todas las herramientas posibles para pretender darle consistencia, coherencia y racionalidad a la decisión jurídica, muchas veces haciendo uso excesivo de la retórica, pero si la selección de las premisas fue incorrecta, tendremos una decisión judicial metodológicamente inconsistente, aun cuando aparentemente resulte justificada.

Por citar algún ejemplo véanse las versiones estenográficas de las discusiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde los puntos discutidos por los ministros para resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, pocas veces guardan relación directa con las premisas básicas y torales de los tópicos que resuelven las ejecutorias de las jurisprudencias emitidas, cuestión sumamente grave y trascendental, ya que en el artículo 192 de la Ley de Amparo establece que la jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. Por lo que, si en la discusión del Pleno o de las Salas de la Corte, respecto de un determinado asunto, no se seleccionaron adecuadamente las premisas, la conclusión metodológicamente es incorrecta, y todos los órganos jurisdiccionales del país estarían resolviendo los conflictos aplicando una jurisprudencia incorrecta, sin tener la posibilidad de dejar de aplicarla, porque la ley les obliga.

<sup>29</sup> Barragán, Julia, *op. cit.*, nota 27.



plano, en la certidumbre de los individuos de que se verifique del Estado de Derecho.

En una perspectiva más pragmática significa, que la decisión del operador jurídico efectivamente sea el resultado de un proceso de discernimiento en el que a la luz de la interpretación, de la argumentación, de los principios y demás elementos que iremos explicando a lo largo del presente estudio, el resultado final sea susceptible de justificarse, o por lo menos, de tener consistencia metodológica y lograr una reducción de la contingencia y de las condiciones de incertidumbre en la que se ven obligados a resolver los juzgadores.

Por lo que se busca la reducción de la complejidad inherente al "*sistema derecho*"; en este sentido, en la medida en la que se observe un método que recoja no sólo el aspecto legal del proceso para llegar a la conclusión, se podrá contribuir a la realización y fortalecimiento del Estado de Derecho.

Al respecto, son necesarias las ideas sostenidas por Aulis Aarnio en "Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación", donde apunta, que los textos jurídicos tienen lagunas, lo que implica que no puedan dar respuesta a todas las cuestiones, que sólo se materializarán posteriormente; precisando que a pesar de las obvias diferencias, una comparación teórica de la ambigüedad semántica en textos jurídicos, por una parte, y en la literatura por la otra, parece ser un desafío tentador. En lo tocante al resultado de la decisión judicial por parte del operador jurídico en relación al ejercicio del poder del Estado, afirma:

*El interprete jurídico no puede aspirar a un resultado que sólo le satisfaga a sí mismo, en su lugar tiene que llegar a un nivel de aceptabilidad (sic) general al atribuir un significado a una parte de un texto jurídico, un proceso de comunicación siempre conlleva a una interacción social. El Derecho es un medio autorizado de poder*

*social, y los resultados de la interpretación determinan así el ejercicio del poder social en una sociedad dada.*<sup>30</sup>

Los operadores jurídicos resuelven en condiciones de incertidumbre, debido a que no conocen las circunstancias reales en las que acontecieron los hechos entre las partes y que motivaron los litigios; igualmente, se tienen que ceñir al ordenamiento jurídico -por más inconstitucional que sea-, y a la consistencia que se debe alcanzar en los fallos. A la par de todo ello, las decisiones de fondo que se toman en las sentencias, crean una perspectiva de lo que sucede fácticamente en el nivel de la justicia. Ese poder que se ejerce en la interpretación, proporciona a la opinión pública, la idea de lo que realmente sucede en la aplicación del Derecho, en este sentido deja ver el efectivo ejercicio jurisdiccional del Poder Judicial.

Por su parte María Cristina Gómez Isaza en "El Estado Social de Derecho como directiva de interpretación constitucional"<sup>31</sup> afirma, que es fundamental analizar la argumentación utilizada por dichos operadores en sus sentencias, pues es en esta justificación donde podemos encontrar un principio de control a este poder de concreción de la constitución.

Asimismo asevera, que el principio de Estado de Derecho sirve de fundamento para mantener la separación de poderes junto a los espacios de libertad que debe respetar el Estado al individuo. A su vez, el principio de Estado Social de Derecho es utilizado para dar dirección a la interpretación básica, reconocer y hacer eficaces los derechos sociales o de prestación, que han otorgado contenido a los derechos que se fundamentan en la participación de todos.

<sup>30</sup> Aarnio, Aulis, "Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica", *Isonomia*, Distrito Federal, México, No. 1, octubre de 1994, pp. 109-117.

<sup>31</sup> Gómez Isaza, María Cristina, *op. cit.*, nota 17, paráfrasis, pp. 157-173.

Otro fin práctico de la justificación de la decisión judicial en el Estado de Derecho es la eliminación de la injerencia de la política, respecto a los potenciales cuestionamientos que dicha disciplina pudiera formular a la racionalidad judicial; puesto que en no pocas ocasiones, se ha pretendido atribuir a los juzgadores, la responsabilidad de la inobservancia del Estado de Derecho, so pretexto de la nula justificación de las decisiones jurisdiccionales, principalmente en todas aquellas sentencias que, ya sea por las partes en conflicto o los intereses dilucidados en el litigio, revisten importancia nacional preponderante en términos de la opinión pública.

Al efecto ilustran todos aquellos casos en los cuales la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha ejercido su facultad de atracción. Sin embargo, sigue siendo cuestionable el criterio bajo el cual, la Suprema Corte ejerce dicha atribución, ya que en jurisprudencia no ha establecido al menos, elementos básicos que permitan deducir en qué tipo de casos se considera que dicha institución debe conocer de los asuntos.<sup>32</sup>

Luigi Ferrajoli en "Pasado y futuro del Estado de Derecho"<sup>33</sup> nos señala que, en sentido lato, débil o formal, Estado de Derecho designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y

---

<sup>32</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, jurisprudencias y tesis aisladas junio 1917- junio 2008, ius ed. 2008, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, Tesis 2a./J. 123/2006, Registro núm. 173950, Novena Época, t. XXIV, noviembre de 2006, jurisprudencia, Segunda Sala, materia común, p. 195. "ATRACCION. PARA EJERCER ESTA FACULTAD EN AMPARO EN REVISIÓN, LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DEBE TOMAR EN CUENTA LAS PECULIARIDADES EXCEPCIONALES Y TRASCENDENTES DEL CASO PARTICULAR Y NO SOLAMENTE SU MATERIA. El ejercicio de la facultad de atracción, conforme al artículo 107, fracción VIII, inciso b), segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene sustento en el interés y trascendencia del asunto de que se trate, lo que revela que éste debe revestir una connotación excepcional a juicio de la Suprema Corte. Por tanto, la materia del asunto, por sí misma, no puede dar lugar a que se ejerza la facultad de atracción, pues bastaría que cualquier otro asunto versara sobre el mismo tópico para que también tuviera que ejercerse la facultad de mérito. Lo anterior es así, porque la finalidad perseguida por el Constituyente al consagrar esta competencia singular no ha sido la de reservar cierto tipo de asuntos al conocimiento del Tribunal Supremo, sino la de permitir que éste conozca solamente de aquellos casos que, por sus peculiaridades excepcionales y trascendentes, exijan de su intervención decisoria."

<sup>33</sup> Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo (s)*, México, Ed. Trotta, 2005, artículo de Ferrajoli, Luigi "Pasado y futuro del Estado de Derecho", paráfrasis, pp. 13-29.

---

ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. En este sentido, son Estados de Derecho todos los <ordenamientos jurídicos> modernos, incluso los más antiliberales en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal. En un segundo sentido, fuerte o sustancial, Estado de Derecho designa en cambio, sólo aquéllos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos. En este significado, son Estados de Derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes incluido el Legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecido por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales.

Estos dos significados corresponden a dos modelos de normas diferentes: El modelo Paleiuspositivista del Estado Legislativo del Derecho (o estado legal) que surge con el nacimiento del Estado Moderno como monopolio de la producción jurídica y el modelo Neiuspositivista del Estado Constitucional de Derecho (o Estado Constitucional), producto a su vez, de la difusión en Europa, tras la segunda guerra mundial, de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias.

El Estado Moderno de Derecho nace con la forma de Estado Legislativo de Derecho, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación de Derecho Válido y aún existe, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida <no por ser justa>, sino exclusivamente por haber sido puesta por una autoridad que tiene competencia para legislar.

De aquí un análogo cambio de paradigma de la jurisdicción, que deja de ser producción jurisprudencial del Derecho y se somete a la ley y al principio de

---

legalidad como únicas fuentes de legitimación. De ello se sigue también el carácter cognoscitivo del juicio. Precisamente, el hecho de que la ley sea preestablecida convencionalmente por una autoridad, según la fórmula de Hobbes, sirve, en efecto, para transformar el juicio en verificación de lo que ha sido preestablecido por la ley, según el principio simétrico y opuesto *veritas, non auctoritas facit iudicium*. Y sirve, pues, para dar fundamento a todo el complejo de las garantías: desde la certeza del Derecho a la igualdad ante la ley y la libertad frente a lo arbitrario, de la independencia del juez a la carga de la prueba para la acusación y a los derechos de la defensa.

Lo que cambia es el título de la legitimación que ya no es la autoridad de los doctores, sino la autoridad de la fuente de producción; no la verdad sino la legalidad; o la sustancia; es decir, la <intrínseca justicia>, sino la forma de los actos normativos.

En cuanto a la decisión judicial, parece ser que en el Estado de Derecho moderno, los jueces dan primacía a la legalidad que a la racionalidad. Esto es fácilmente observable en la interpretación y en la argumentación de las sentencias, o en su caso, en las causales de improcedencia del juicio de amparo, contempladas en el artículo 73 de la Ley de Amparo, en concreto la fracción XVIII<sup>34</sup>, la cual preceptúa que el juicio de amparo es improcedente en los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la ley. Las causales de improcedencia, en su caso, deberán ser examinadas de oficio.

En el supuesto preceptuado por el artículo 73 de la Ley de Amparo, en concreto la fracción XVIII, aludido líneas arriba, el razonamiento judicial se orienta

---

<sup>34</sup> Artículo 73 de la *Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, nota 18.

"Capítulo VIII. De los casos de improcedencia.

"Artículo 73. El juicio de amparo es improcedente:.. XVIII.- En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la ley.

Las causales de improcedencia, en su caso, deberán ser examinadas de oficio."

más a la legalidad que a la racionalidad del Derecho; ya que puede acontecer que el juicio de amparo no sea improcedente por una causa expresa contenida en el artículo 73 de la citada ley, sino que la misma se hace derivar de cualquier otra disposición legal que considere el amparo improcedente. Pero es por la legalidad que establece la citada fracción la que faculta considerar que la causal puede derivar de un ordenamiento legal diferente, lo que en su caso puede dejar al gobernado en estado de indefensión, puesto que se le desecharía de su demanda de garantías, no por una disposición legal expresa, sino por cualquier otra ley. Así, el juez mediante la interpretación o la argumentación "adecuada" puede encuadrar al efecto, el razonamiento judicial en este aspecto, que está más orientado a la *legalidad* que una racionalidad en términos de construcción de Derecho.

## *2. Breves consideraciones acerca del Estado Constitucional de Derecho, con especial referencia al juicio de amparo mexicano*

En este tópico son de utilidad las referencias históricas realizadas por Gregorio Morales Áviles, en su estudio "Estado de Derecho y seguridad",<sup>35</sup> donde nos señala que la formación del concepto del Estado de Derecho ha corrido paralelamente con la formación de las sociedades democráticas. Las ideas políticas de Locke ofrecen ya dos rasgos distintos de la noción de Estado de Derecho. Por un lado, la concepción de que el Derecho emana de la voluntad de los ciudadanos y se orienta a garantizar el ejercicio de su libertad y sus derechos fundamentales. Por otro lado, la definición del gobierno como mandatario de los ciudadanos (mandantes), cuyo poder está limitado por las propias condiciones que constituyen su origen; es decir, por los derechos naturales de los individuos. A esto se llama Liberalismo, centrado en las nociones inseparables de derechos individuales irrenunciables y gobierno mandatario y limitado.

---

<sup>35</sup> Morales Áviles, Gregorio, "Estado de Derecho y seguridad", *Altamirano. Revista del H. Congreso del Estado de Guerrero*, Chilpancingo, Guerrero, México, Segunda época, Año 3, No. 14, febrero-marzo de 2000, paráfrasis, pp. 241-253.

Afirma el autor de referencia, que Rousseau agrega nuevos elementos a la Teoría del Estado de Derecho; es decir, la continuidad absoluta entre libertad individual y voluntad general y la idea de que los intereses públicos sólo pueden ser expresados bajo la forma de leyes que representan la voluntad general y buscan el bien común.

La idea de la constitución política de un Estado como expresión última del contrato social se justifica precisamente por el establecimiento de normas generales y abstractas que garanticen el ejercicio pleno de la libertad y la igualdad de todos los ciudadanos en términos legales. La constitución es el fundamento del orden jurídico de la sociedad.

La corriente anglosajona del Estado de Derecho constitucionalmente limitado y de la eliminación de toda barrera puesta al ejercicio de las libertades individuales, se enriqueció con los escritos de Adam Smith y John Stuart Mill, hasta llegar a lo que se conoce como gobierno de la ley o imperio de la ley, que tiene dos sentidos particulares: a) La idea de que la ley excluye el ejercicio del poder arbitrario y, b) El gobierno de la ley y la sujeción de gobernados y gobernantes a la ley ordinaria aplicada por tribunales ordinarios. Esto nos lleva a la dimensión política de la noción del Estado de Derecho, en la que gobernantes y gobernados están sujetos por igual al imperio de la ley.

En el mismo sentido concluye, que sin el marco constitucional no hay posibilidades de distribuir adecuadamente los bienes y servicios de la sociedad ni las bases de la competencia política, y, en general, es imposible gobernar un Estado. El Estado de Derecho es una construcción de normas que descansa fundamentalmente en el procedimiento debido para elegir gobernantes y establecer leyes, en donde la democracia es su carga de valoración fundamental.

José Asención Dorantes Ortiz en su obra "El poder y el Derecho como control social",<sup>36</sup> nos ofrece una perspectiva del Estado desde el poder y su evolución en la sociedad, en los siguientes términos:

*Lo decisivo de esta institución del poder que es el Estado, está en que es una creación histórica del hombre con una pretensión muy clara de racionalización de la convivencia política, que el poder no se ejerce a título personal, sino en nombre de la sociedad política a cuyo fin ésta crea la tal entidad en la que institucionaliza el poder. La organización así creada descansa por ello en la idea de la representación política; los gobernantes son agentes del Estado (sic), no tienen un derecho personal al mando, todos sus derechos políticos son adventicios.*

*La institución del poder requiere estar establecida conforme a un estatuto; el estatuto del poder, cuya forma jurídica más perfecta es la constitución. La constitución es el instrumento operativo que hace realidad jurídica el estatuto de poder.*<sup>37</sup>

El surgimiento del Estado Moderno, a partir de la Revolución Francesa despersonaliza el poder individual, que residía no en una entidad colectiva, sino en la persona del rey quien era el soberano, el absoluto y en cuyo ámbito personal se hacia descansar la soberanía. Se conforma de manera institucional el poder político al despersonalizarlo, y se crea el Estado como forma de poder, el régimen de Estado, que se sustenta en normas generales y abstractas para crear el Estado

<sup>36</sup> Dorantes Ortiz, José Ascención, "El poder del Derecho como control social", *Altamirano. Revista del H. Congreso del Estado de Guerrero*, Chilpancingo, Gro., México, Año 1, No 3, noviembre-diciembre de 1997.

<sup>37</sup> *Idem.*

De acuerdo con el autor en cita, Kelsen afirma que el poder político mantiene y garantiza el orden jurídico, que de este modo se transforma en Derecho Positivo. Por ello se ha escrito que el Estado es la fuente formal de validez de todo el derecho pues sus órganos son quienes lo crean a través de la función legislativa o le imprimen tal carácter por la aplicación de una costumbre a la solución de casos concretos.

La institucionalización del poder entonces supone la distinción entre el poder estatal y quien lo ostenta y ejerce; la despersonalización del poder, consecuencia de su institucionalización, sienta como tesis esencial de la organización estatal que los gobernantes poseen por sí el poder, obran y lo ejercen como agentes, no como propietarios del poder, los derechos, atribuciones o facultades que poseen en su ejercicio son derechos adventicios, nunca derechos originarios. Una cosa es el poder estatal y otra los gobernantes, esta sencilla distinción lleva a hacer del poder estatal un elemento en sí, pero, por sencillo que sea, no deja de platear ciertas complicaciones que se preciso esclarecer. Por otro lado, sería un error restringir la figura del poder al Estado, ya que este no es la única sociedad donde los hombres se encuentran empeñados o comprometidos en relaciones de poder, la política no se restringe o limita al Estado.



de Derecho; como protección de colocar por encima el poder del pueblo, para dar origen al Estado Democrático Constitucional.

En el *Estado Constitucional de Derecho*, la constitución implica una proclamación de valores supralegales, donde el Estado le reconoce a los individuos un valor vinculante directo; en este sentido, el papel de los juzgadores es concretar desde el plano teórico donde se encuentran toda esa serie de valores y principios constitucionales, al plano de la aplicación del Derecho en las sentencias.

Es pues el fallo judicial donde el juez no sólo aplica la ley y realiza la norma constitucional, sino también es, precisamente, en ese acto judicial donde contribuye a la construcción del Derecho, puesto que en el empleo de cada uno de los preceptos legales que resuelven el caso concreto, antes de proceder a su aplicación, existe una selección, subsunción e interpretación. La ley reduce a su aplicación, donde en cada conflicto a dirimir, en la concreción jurisdiccional de las normas jurídicas, se selecciona lo que se ha de aplicar, buscando en cada disposición legal una solución en atención a la construcción de la ciencia jurídica, quedando realizado el mandato constitucional.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> El Poder Legislativo contribuye a la construcción del Derecho en la elaboración de las leyes, el Poder Ejecutivo en la administración pública, asimismo el Poder Judicial aporta a la realización del Derecho, la consistencia jurídica de sus sentencias; no soslayo precisar que la justicia como fin último de la ciencia jurídica, es debatible, pues de acuerdo al discurso político en que se inscriba es que se hace referencia al contenido de justicia de la decisión judicial. Así las cosas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, puntualiza constantemente en las jurisprudencias a la realización de la justicia como fin del Derecho, pero más que ello, se debe de buscar la coherencia de la decisión, y la aplicación de los mismos criterios jurídicos a casos análogos, pues la justicia es una contingencia del sistema, un valor que de acuerdo al discurso político, jurídico, económico o sociológico imperante en una época cambia, es mutable en el tiempo de acuerdo a los valores predominantes en la sociedad que los reclama, no podemos tomarlo como un valor inmutable y objetivo, pues preguntémosle a la parte que ha perdido el litigio si considera que el juez hizo justicia, o más aún, cuestionémosle a las autoridades responsables emisoras del acto reclamado si consideran que existe un contenido de justicia en las decisiones de los juzgados de distrito, tribunales unitarios o tribunales colegiados de circuito, que han resuelto los asuntos en sentido contrario a lo emitido por ellas, y no por sostener criterios divergentes implica que una de las decisiones es más racional que la otra, o que en una se hizo justicia y en la otra se careció de ella, así pues considero que la concepción de justicia es demasiado endeble y genérica para ostentar su realización en cada una de las sentencias, a lo más a lo que puede aspirar el operador jurídico es seguir una metodología, que no quede sólo en la técnica, que se resuelva con la convicción de que se

García de Enterría Eduardo, en "Principio de legalidad. Estado material de Derecho y facultades de interpretación interpretativas y constructivas (sic) de la jurisprudencia en la constitución"<sup>39</sup> explica, que la Constitución lejos de imponer un seco positivismo legalista o de proscribir el recurso a la construcción técnica y jurídica de los preceptos de las leyes, impone propiamente la legislación como imprescindible para que la "legalidad" pueda traducirse en Derecho y en Estado de Derecho, así como en Estado Material de Derecho. Esta construcción de la legalidad es lo que asigna a los jueces un papel central en el sistema, puesto que un Estado de Derecho entendido como Estado de Justicia, sin un aparato judicial capaz de concretar ésta, para imponerla como una realidad social efectiva, sería una burla y, finalmente, una fuente de grave frustración.

Arturo F. Zaldivar Lelo de la Larrea en "El Estado de Derecho y la justicia constitucional (con especial referencial al juicio de amparo)"<sup>40</sup> arguye que, un Estado de Derecho será aquél en el que se cumplan, por lo menos, los siguientes aspectos: a) Una constitución escrita vinculante para todos los órganos del poder público; b) Un catálogo de derechos fundamentales oponibles al poder público; c) Un sistema democrático; d) Un procedimiento de reformas a la constitución, y e) Instrumentos procesales que garanticen el respeto a la norma fundamental.

---

estudiaron a fondo las constancias, que se argumentó no para justificar la decisión que se tomó, sino con la certeza de que la selección de las premisas fue adecuada y a partir de ahí, implementar a la argumentación jurídica para darle consistencia al trabajo correctamente seleccionado. En esta tesitura, es que los discursos jurídicos de la Corte carecen de consistencia y no son creíbles, pues sólo son aseveraciones constantes de retórica, pero sin facticidad en la vida jurídica, en este sentido *¿Qué acaso una jurisprudencia del máximo tribunal del país, tiene la verdad absoluta? No lo creo, sólo tiene la verdad legal, la que obra en constancias, e incluso, a veces ni esa.*

<sup>39</sup> García de Enterría, Eduardo, "Principio de legalidad. Estado Material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas (sic) de la jurisprudencia de la constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, España, Año 4, No. 10, enero-abril de 1984, paráfrasis, pp. 11-61.

<sup>40</sup> Zaldivar Lelo de la Larrea, Arturo F., "Breves consideraciones sobre el juicio de amparo como control de las reformas constitucionales", *Anuario de Derecho Público*, Distrito Federal, México, No. 1, 1997, paráfrasis, pp. 39-46.

En este sentido refiere, que el Estado de Derecho Moderno coincide con el Estado Constitucional de Derecho, siendo el objeto de estudio del Derecho Constitucional, las normas que integra los rasgos esenciales del Estado de Derecho, donde el orden jurídico es un procedimiento dinámico y escalonado de producción de normas jurídicas. De este modo, es que el Estado de Derecho adquiere sentido precisamente a través de la justicia constitucional.

Manuel García Pelayo en "Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho"<sup>41</sup> nos explica, que la existencia de una jurisdicción constitucional, dentro de un sistema jurídico y político significa la culminación del proceso de desarrollo del Estado de Derecho, a saber:

*...la transformación del Estado Legal de Derecho en Estado Constitucional de Derecho. El primero se caracteriza por el principio de legalidad; es decir, por la afirmación de la primacía de la ley sobre los restantes actos del Estado hecha efectiva por el funcionamiento de unos tribunales destinados a garantizar la legalidad de la acción de la administración estatal. El segundo se caracteriza por el principio de constitucionalidad de los actos del Estado, incluida la propia ley. El Estado Constitucional de Derecho mantiene pues, el principio de legalidad, pero subordina sus formas concretas de manifestarse al principio de la constitucionalidad.*

El Estado de Derecho tiende así a configurarse como un Estado centrado en el ordenamiento jurídico y, por consiguiente, como un Estado Legal. Para que una norma tenga el carácter de ley, ha de cumplir con ciertas exigencias. En primer lugar, su contenido ha de derivar de postulados de justicia<sup>42</sup> y de valores objetivos situados más allá de la voluntad subjetiva del legislador. En segundo lugar, la ley ha de ser una norma de carácter general establecida con el asentimiento de la representación popular a través de la discusión y de la

<sup>41</sup> García-Pelayo, Manuel, "Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, Venezuela, Año XXXVI, No. 82, 1991, pp. 31-45.

<sup>42</sup> *Idem.*, paráfrasis.

publicidad, requisitos a los que se consideraba ofrecían ciertas garantías en cuanto a la corrección de su contenido.

El Estado Constitucional de Derecho eleva a la constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculatorias y, por consiguiente, no solo acoge el principio de la primacía de la ley *in suo ordine*<sup>43</sup>, sino que lo complementa con el principio de la supremacía de la constitución sobre la ley y, por tanto, sobre todo el ordenamiento jurídico, con la consiguiente anulación en la medida que en su conjunto o en algunos de sus preceptos no se adecue a la norma constitucional. Así como, el Estado Legal de Derecho sólo se constituye cuando existe una jurisdicción contenciosa y administrativa, así el Estado Constitucional de Derecho sólo adquiere existencia cuando se establece una jurisdicción constitucional.

Luigi Ferrajoli en su artículo "Pasado y futuro del Estado de Derecho"<sup>44</sup>, nos precisa, que en cuanto al Estado Constitucional de Derecho y Constitucionalismo Rígido, hay un cambio de paradigma del Derecho, en los siguientes aspectos: a) Subordinación a la legalidad -garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad- a constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. Ante todo, cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción, sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales, siendo posible que una norma formalmente válida y, por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales.

En segundo término aduce Ferrajoli que cambia el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, en el que la posible divergencia entre constitución y

---

<sup>43</sup> En su clase.

<sup>44</sup> Carbonell, Miguel (coord.), *op. cit.*, nota 33, paráfrasis, pp. 13-29.

---

legislación confiere un papel no sólo de explicación, sino crítico y de proyección en relación con su propio objeto. En efecto, en el Estado Constitucional de Derecho, la constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa, sino que impone a éstas prohibiciones y obligaciones de contenido, en correlación a uno de los derechos de libertad, y la otra a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas.

En tercer término, cambia el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida y cuya interpretación y aplicación, son siempre por esto, también un juicio sobre la ley misma, que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad.

Finalmente indica que la subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa. El Constitucionalismo Rígido produce el efecto de completar tanto el Estado de Derecho como el mismo Positivismo Jurídico, que alcanzan con él, su forma última y más desarrollada: por la sujeción a la ley incluso del Poder Legislativo, antes absoluto y por la positivación no sólo de las condiciones de existencia del Derecho, sino también de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de validez.

La labor del juez constitucional cobra especial relevancia en el Estado Constitucional de Derecho, porque es a través de la interpretación que hace del ordenamiento jurídico en su conjunto, que nace la exigencia de congruencia en sus decisiones, porque al realizar un análisis de la producción legislativa, debe buscar un sistema de contrapesos de los otros dos poderes de gobierno. Esto es delicado, porque se llegan a dar interpretaciones completamente alejadas de lo

que dispuso el Poder Legislativo y, con ello, se afecta el equilibrio en los poderes de la unión, ya que a través del examen de inconstitucionalidad de leyes que realiza, daña al sistema en su conjunto, perturbando en última instancia el principio democrático.

#### A. La supremacía constitucional en México

Inscritos en la evolución del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, es importante el análisis que de la supremacía constitucional se haga, pues ésta es relevante en el último de los mencionados. Al respecto Ignacio Burgoa Orihuela en su obra *Derecho Constitucional Mexicano*<sup>45</sup> indica, que es necesario partir del concepto de "*fundamentalidad*" para entender la concepción de supremacía constitucional; puesto que la primera denota una cualidad de la constitución jurídica y positiva, que lógicamente hace que ésta se califique como *ley fundamental del Estado*.<sup>46</sup> Entraña, por ende, que dicha constitución sea el ordenamiento básico de toda la estructura jurídica estatal; es decir, el cimiento sobre el que se asienta el sistema de normas del Derecho en su integridad.

Consiguientemente, el concepto de lo fundamental equivale al de lo primario, o sea, que la constitución es la *ley fundamental*, al mismo tiempo es la *ley primaria*. Este atributo, además, implica que el ordenamiento constitucional expresa las decisiones fundamentales, siendo al mismo tiempo la fuente creativa de los órganos primarios del Estado, la demarcación de su competencia y la formación básica de su integración humana. Lo fundamental de la constitución

---

<sup>45</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, Decimocuarta edición, México, ed. Porrúa, 2001, paráfrasis, pp. 47-50.

<sup>46</sup> *Idem.*, paráfrasis.

Según Carl Schmitt "ley fundamental" puede equivaler a una "norma absolutamente inviolable que no puede ser reformada ni quebrantada" o una norma "relativamente invulnerable que sólo puede ser quebrada o reformada bajo supuestos dificultados"-principio de rigidez-. También puede significar, afirma, "el último principio unitario de la unidad política y de la ordenación de conjunto, así como la norma última para un sistema de imputaciones normativas" señalando además otras connotaciones con las que se suele emplear el mencionado concepto (Teoría de la Constitución).

significa también, que ésta es la fuente de validez formal, de todas las normas secundarias que componen el Derecho Positivo, así como la *supralegalidad* de sus disposiciones preceptivas en la terminología de Mauricio Hariou.<sup>47</sup>

Ahora bien, Burgoa refiere que si la constitución es la *ley fundamental* en los términos antes expresados, al mismo tiempo que es la *ley suprema* del Estado. La constitución como norma fundamental y su respectiva supremacía, por ende, son dos conceptos inseparables que denotan dos cualidades concurrentes en toda constitución jurídica y positiva, o sea, que ésta es suprema por ser fundamental y es fundamental porque es suprema.

El principio de supremacía constitucional descansa en sólidas consideraciones lógicas y jurídicas. En efecto, atendiendo a que la constitución es la expresión normativa de las decisiones fundamentales de carácter político, social, económico, cultural y religioso, así como la base misma de la estructura jurídica del Estado, que sobre ésta se organiza, debe autopreservarse frente a la actuación de los órganos estatales que ella misma crea -órganos primarios- o de los órganos derivados. Dicha autopreservación reside primordialmente en el mencionado principio, según el cual, se toma el ordenamiento constitucional como *ley suprema* o *lex legum*, es decir, *ley de leyes*. Obviamente la supremacía de la constitución implica que ésta sea el ordenamiento cúspide de todo el Derecho positivo del Estado, situación que lo convierte en el índice de validez formal de todas las leyes secundarias u ordinarias que forman el sistema jurídico estatal, en cuanto que ninguna de ellas debe oponerse, violar o simplemente apartarse de las disposiciones constitucionales.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 304.

Para Hariou la supralegalidad supone la idea de "leyes fundamentales", es decir, de leyes superiores al Poder Legislativo ordinario, y cuya utilidad estriba en dar fuerza normativa a las prácticas y costumbres esenciales de la Constitución (Principios del Derecho Público y Constitucional).

<sup>48</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 47-50.

En atención a las apuntadas consideraciones, el principio de supremacía constitucional está contenido en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que preceptúa:

*Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.*<sup>49</sup>

Cárdenas Méndez María Elena en su obra "Conceptos filosófico-políticos y Estado de Derecho en México",<sup>50</sup> en el tenor de lo expuesto, asevera:

*Creemos que la existencia de una verdadera justicia constitucional significa la transformación de un Estado Legal en un Estado Constitucional de Derecho. El principio de supremacía constitucional remite a esa primacía de la Constitución sobre la ley y los actos del Estado. Es por eso que consideramos que el otorgar facultades de Tribunal Constitucional a nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación y proveer las condiciones necesarias para su real desempeño, independencia, conduciría a lograr mayor estabilidad en el sistema, pues proveería de mayor legitimidad a los actos del resto de los órganos estatales.*

Enmarcados en la justicia constitucional, es que la Suprema Corte y los tribunales en nuestro país, a los cuales les ha sido encomendada la labor de interpretación, deben atender a la realización de los principios constitucionales. Sin embargo, yo difiero de la autora en cita en cuanto a proveer de facultades de tribunal constitucional a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, toda vez que

<sup>49</sup> Artículo 39 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación: 4 de mayo de 2009. Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación, el lunes 5 de febrero de 1917.

<sup>50</sup> Cárdenas Méndez, María Elena, "Conceptos filosófico-políticos y Estado de Derecho en México", *Lecturas Guerrerenses*, Chilpancingo Guerrero, México, Año I, No. 4, marzo-abril de 1996, pp. 3-4.



esta institución en nuestro país, se encuentra en un lento proceso de consistencia decisoria.

Sin embargo, lo que sí se puede contemplar, es analizar el proceso mediante el cual la Corte llega a las determinaciones que toma, tratando de buscar las inconsistencias metodológicas y sistémicas propias del entorno en el que decide. Partiendo de tales supuestos, se puede lograr tener una perspectiva más amplia acerca de las limitaciones institucionales y constitucionales que ahora tiene y que podrían acontecer, analizando las restricciones que debe tener de acuerdo a sus funciones y detectar lo que potencialmente se le podría facultar como nuevas atribuciones para mejorar su labor de interpretación.

### *3. Breves consideraciones acerca del Neoconstitucionalismo, con especial referencia al juicio de amparo mexicano*

Dentro de la literatura imperante acerca del estudio del Estado de Derecho y del Estado Constitucional de Derecho, aparecen diversas vertientes, entre ellas, hay autores que consideran que en la actualidad nos encontramos en un Neoconstitucionalismo; en este aspecto, me parece importante el análisis del mismo, para tener una perspectiva más amplia en la cual circunscribir la labor de los jueces en dicha corriente de pensamiento y, analizar como deben enfrentarse a ella y a los nuevos retos que la misma plantea.

Paolo Comanducci en *Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico*<sup>51</sup> nos ilustra respecto a este tópico, precisando que Constitucionalismo y (Neo) constitucionalismo, designan en una primera acepción una teoría y/o una ideología o método de análisis del Derecho. En una segunda acepción designan, en cambio, algunos elementos estructurales de un sistema

---

<sup>51</sup> Carbonell, Miguel (coord.), *op. cit.*, nota 33, artículo de Comanducci, Paolo, "Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico, paráfrasis, pp. 75-98.

---

jurídico y político, que son descritos y explicados por el (Neo) constitucionalismo como teoría, o que satisfacen los requisitos del (Neo) constitucionalismo como ideología. En esta segunda acepción designan un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos de normas e institucionales, realizados en un sistema jurídico y político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales.

**A. *El Neoconstitucionalismo Teórico, Ideológico y Metodológico***

Uno de los rasgos distintivos del Neoconstitucionalismo Teórico (respecto a la Teoría Iuspositivista Tradicional) es la tesis según la cual, la interpretación constitucional, como consecuencia del proceso de constitucionalización del Derecho, presenta hoy, algunas características peculiares respecto a la interpretación de la ley. En la literatura reciente, la tendencia que se encuentra es la de configurar las peculiaridades de la interpretación constitucional, respecto a la interpretación de la ley como una cuestión de grado, y no como diferencias de cualidad.

En el Neoconstitucionalismo Ideológico destaca la exigencia de que las actividades del Legislativo y del Judicial estén directamente encaminadas a la concretización, actuación y garantía de los derechos fundamentales previstos en la constitución –Neoconstitucionalismo de Reglas-.

El Neoconstitucionalismo Metodológico sostiene por el contrario -al menos respecto a situaciones de Derecho Constitucionalizado, que donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre Derecho y moral- la tesis de la conexión necesaria, de identificación o justificación, entre éstas dos disciplinas.

Bajo este rubro podemos aseverar, que el Neoconstitucionalismo cobra existencia cuando el poder se encuentre sometido al control y limitación del ordenamiento jurídico, donde el gobernado goce plenamente de sus derechos fundamentales, sea cual fuere la acepción jurídica que se le dé. Genaro Góngora Pimentel<sup>52</sup> *El Estado de Derecho en México*, nos afirma que: "El Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho", puesto que el Estado de Derecho debe concebirse como la respuesta a un problema ético general, la necesidad de someterse el poder público al Derecho. Cuestionándose *¿Qué conviene hacer para que sea una realidad el Estado de Derecho en México?*

*a) Debemos realizar una verdadera democracia constitucional, para lograrlo debe hacerse en la constitución una clasificación objetiva y metódica de los derechos humanos. Y adaptar el Derecho respectivo a las condiciones del mundo actual.*

*b) Necesitamos un sistema claro, explícito y adecuado de garantías individuales y sociales para salvaguardar los derechos.*

*Es decir, que el Derecho no sea más que el instrumento apto y eficaz para que se llegue a una auténtica legitimidad, en la que se instauren y tengan vigencia plena los valores jurídicos que permiten, en la paz, el orden y el bien común, el desarrollo integral de la persona humana. En suma, se trata de un Estado de Derecho, con un alto grado de humanismo, que tenga como principio y fin la consecución y el perfeccionamiento de los valores éticos y morales que dan a la persona humana esa calidad.*

*c) El país requiere el establecimiento de las bases para una efectiva democracia política, con su gobierno representativo, su régimen electoral y de partidos y sus formas y procedimientos para la correcta emisión del sufragio.*

*d) Debemos luchar por una democracia que reconozca un triple imperativo de bienestar popular: el reparto equitativo de la riqueza.*

*e) Deben establecerse en la constitución las normas para asegurar una eficaz democracia educativa.*

---

<sup>52</sup> Góngora Pimentel, Genaro David, "El Estado de Derecho en México", *Lex*, Torreón, Coahuila, México, 3ª época, Año II, No. 15, septiembre de 1996, paráfrasis, pp. 5-8.

*f) La constitución debe reconocer y garantizar la existencia de auténticos grupos de presión en la sociedad, sin injerencia ni manipulaciones del Estado, por los cuales se pueda manifestar la opinión libre de los ciudadanos y su derecho a disentir de las políticas gubernamentales.*

Si nos inscribimos en la corriente del Neoconstitucionalismo, veremos que aparecen exigencias no muy divergentes del Estado de Derecho, dando un paso adelante acerca del control del poder del Estado (claro, por el Estado mismo), donde los requerimientos en cuanto a temas como derechos humanos, garantías individuales, riqueza, democracia constitucional, cobran una nueva demanda, frente los poderes del Estado.

Atento a esto es que, la argumentación jurídica en el ámbito judicial es un requisito constitucional que complementa el principio de legalidad del que se deriva la seguridad necesaria para el desarrollo libre y democrático de una sociedad, pero también rinde servicio a la legitimidad del poder político, que también los jueces ejercen, y a la validez del ordenamiento jurídico.<sup>53</sup>

El Estado de Derecho, la constitución y el Neoconstitucionalismo son conceptos que comparten un elemento en común: La pretensión de salvaguardar la libertad del individuo, estableciendo un catálogo de derechos fundamentales de los individuos y limitando el ejercicio del poder político mediante la técnica conocida como *división de poderes*. Realizando el Estado de Derecho como la organización política que origine, garantice y, al mismo tiempo, sea fiel observante de ese ordenamiento jurídico que crea y garantiza.

---

<sup>53</sup> Báez, Silva, Carlos, "Las decisiones judiciales: Entre la argumentación y la motivación", *Revista Académica*, Distrito Federal, México, Año II, No. 9, enero de 2005, paráfrasis, pp. 35-65.

## **B. La necesidad de la reforma de la justicia en México**

Al abordar los temas de Estado de Derecho, Estado Constitucional de Derecho y Neoconstitucionalismo, subrayamos que los apuntados cánones implican que las decisiones de los tribunales sean justificables, en este aspecto se incluye, el acceso de los gobernados a la administración de justicia, la existencia de tribunales que cumplan efectivamente las funciones jurisdiccionales que constitucionalmente tienen encomendadas; esto significa entonces, que los tribunales deben poseer poder e independencia real, lo cual viene otorgado por el Derecho.

Es en el marco de la necesaria reforma al Poder Judicial y, por ende, a la justicia en México, que las demandas sociales y del foro jurídico, son la voz de los problemas más recurrentes hoy en día en los tribunales mexicanos, por ello, la imperiosa necesidad de hacer énfasis en los puntos de convergencia de intereses para una reforma legal.

A efecto de alcanzar estos cometidos, es necesario que se gesten reformas en la administración de justicia; puesto que la distribución del poder en estos aspectos adolece de serias deficiencias. En esta tesitura, existen propuestas de diversos autores; uno de ellos es Hector Fix Fierro, en "Estado de Derecho y reforma de la justicia en México",<sup>54</sup> propone lo siguiente:

*1) Incluir los tribunales federales especializados que todavía son formalmente parte del Poder Ejecutivo (Tribunal Fiscal de la Federación, Junta y Tribunal Federal de Conciliación de Arbitraje, Tribunales Agrarios) en el Poder Judicial de la Federación. Incluir estos Tribunales en el Poder Judicial de la Federación ofrece varias ventajas.*

---

<sup>54</sup> Fix Fierro, Héctor, "Estado de Derecho y reforma de la justicia en México", *Revista Mexicana de Procuración de Justicia*, Distrito Federal, México, Vol. I, No. 1, febrero de 1996, pp. 71-75.

- a) *Se unifica formal y orgánicamente la jurisdicción que ya lo está desde el punto de vista material a través del amparo.*
  - b) *Se establece la posibilidad de una política judicial integral lo que realza el peso institucional de los tribunales.*
  - c) *Se extiende la carrera judicial a los tribunales especializados los que debe contribuir a un mayor grado de eficiencia y profesionalismo.*
  - d) *Se refuerza la independencia de los tribunales especializados.*
- 2) *La colegiación obligatoria de los abogados y la introducción de un examen público para el ejercicio de la profesión.*

Entre los puntos destacados, me parece importante resaltar, la unificación de los tribunales de diversas materias, ya que en la actualidad, no hay una política judicial integral que dé consistencia a los criterios de los diversos tribunales.

Por su parte, Moisés Moreno Hernández, en "El Estado de Derecho mexicano",<sup>55</sup> propone:

- a) *Planificar la política criminal del Estado mexicano y coordinar el funcionamiento de cada uno de sus sectores bajo criterios y directrices uniformes.*
- b) *Vincular más estrechamente el sector de la política criminal con los otros sectores de la política social general, la cual debe ser considerada parte importante.*
- c) *Estructurar de manera integral la política criminal comprendiendo en ella no sólo el aspecto puramente legislativo, sino la problemática de la procuración y administración de justicia, así como la relativa a la ejecución de sanciones y a los menores infractores.*
- d) *Considerar dentro de las medidas político-criminales las de prevención general y dentro de éstas, en primer lugar, las de carácter no penal procurando reducir la intervención de las medidas penales a sus límites mayores.*
- e) *Observar los principios y criterios que nuestra constitución establece que son característicos de un sistema de justicia penal propio de un Estado Democrático de Derecho.*
- f) *Con relación al aspecto legislativo se sugiere una reforma integral que comprenda tanto a la legislación penal sustantiva como a la*

---

<sup>55</sup> Moreno Hernández, Moisés, *op. cit.*, nota 15, pp. 55-82.

*procesal y ejecutiva, sin olvidar la que corresponda a los menores infractores.*

*g) Por lo que hace a la legislación penal sustantiva la idea de renovación y la exigencia de un sistema penal de un Estado de Derecho impone: revisar con profundidad la manera de cómo se formulan las reglas jurídicas en nuestros sistemas para determinar cuales son sus principios rectores, la causa de su falta de unidad, de su desbordante abundancia y desorden y principalmente de su falta de adaptación a las exigencias de la sociedad moderna o que aspira a hacerlo.*

*h) Superar las deficiencias y los defectos de las actuales regulaciones sobre diversas materias.*

*i) Procurar que las diversas garantías consagradas por el Constituyente de 1916-1917 que aún aparecen desdibujadas dentro de la legislación penal y procesal penal, así como las contenidas en pactos y convenios que México ha suscrito, encuentren toda cabida y clara expresión en los nuevos ordenamientos desechando aquellos criterios que se le contraponen.*

*j) Incluir otras alternativas a la pena de prisión ampliando la sustitución de aquéllas de corta duración.*

*k) Descriminalizar y despenalizar (sic) aquellas conductas que no merecen estar reguladas por la ley penal confiando los hechos de poca monta a las regulaciones administrativas.*

*l) Criminalizar y penalizar aquellas conductas que implican afectaciones intolerables a bienes jurídicos fundamentales, que no pueden ser protegidos por otras áreas del Derecho.*

*m) Establecer una mayor racionalidad de penas, en atención al hecho y a la importancia del bien jurídico.*

*n) Combatir la dispersión legislativa, sobre todo la que existe en ordenamientos diferentes al código penal, y uniformar los criterios.*

Dionisio J. Kaye, "Consideraciones jurídicas sobre el Estado de Derecho en México"<sup>56</sup> indica:

*Aunque en la República Mexicana formalmente rige el Estado de Derecho, materialmente no existe por los siguientes motivos: 1) las leyes deben ser formuladas por una auténtica soberanía ciudadana; 2) las leyes deben ser administradas y aplicadas por el gobierno, proveyendo en la esfera administrativa su exacta observancia; 3) la justicia debe impartirse bajo la estricta imperatividad de la ley por*

<sup>56</sup> Kaye, Dionisio, *op. cit.*, nota 23, pp. 51-53.

*jurisperitos, cuyos únicos méritos sean el conocimiento legal, la honestidad personal y profesional y la experiencia.*

Asimismo, con el objetivo de que se materialice el Estado de Derecho, realiza las siguientes propuestas:

- 1) *Revisión del marco constitucional a fin de que se revise (sic) profundamente nuestra Carta Magna y se dote a los poderes de la unión de igual jerarquía y absoluta independencia entre sí.*
- 2) *Reestructuración de las facultades constitucionales de los poderes de la unión.*
- 3) *Prohibición constitucional respecto a que las leyes secundarias doten a las autoridades de facultades discrecionales.*
- 4) *Revisión de las leyes orgánicas de los poderes de la unión y establecimiento de prohibiciones expresas en las tres leyes para que los encargados de dichos poderes legislen disfrazadamente a través de otras figuras que no sean leyes y reglamentos.*
- 5) *Se reduzca la cantidad de miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a un número impar.*
- 6) *Se dote al Poder Judicial de autonomía presupuestaria.*
- 7) *Si bien los jueces pueden ser nombrados por el Ejecutivo, sean ratificados soberanamente por todo el Congreso y no nada más en la Cámara de Senadores.*
- 8) *Que los jueces hayan realizado una auténtica carrera judicial con probada honestidad y sobre todo experiencia de jurisperito.*
- 9) *Que se elimine de la Ley de Amparo la facultad discrecional de la judicatura para sobreseer de oficio los juicios que se sometan a su consideración.*
- 10) *Que el juicio de amparo se estructure de tal manera que la sentencia, que en su caso conceda el amparo, declare la inconstitucionalidad de una ley, reglamento o acto de autoridad tenga efecto erga omnes.*
- 11) *Que los jueces a todos los niveles sean sancionados con multa y hasta destitución del cargo cuando no respeten, sin pretexto alguno, los plazos que de manera perentoria establezcan las leyes procesales.*
- 12) *Que exista un sólo Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo y bajo un solo Código Federal de Procedimientos Administrativos al que se sujeten todas las dependencias de la Administración Pública Federal Centralizada.*
- 13) *Desechar iniciativas de ley que otorguen facultades discrecionales a cualquier integrante de los poderes y prohibir que por la vía reglamentaria o pseudo reglamentaria, se creen autoridades, por un*



*lado, dotándolas de facultades y en las segundas, que se establezcan obligaciones y cargos a los particulares.*

Ivonne Parra Tapia de Morales, "Estado de Derecho, Poder Judicial y la protección de los derechos humanos"<sup>57</sup>:

- a) Se produzca un aumento del presupuesto asignado al Poder Judicial acorde con las necesidades del mismo, tomando en cuenta la relación que debe existir entre el número de tribunales y el índice de población, el índice inflacionario que afecta al país, y la magnitud de la responsabilidad que detentan los jueces, pues en ellos, es en donde gravita la tarea de la administración de justicia.*
- b) Se aceleren e institucionalicen las acciones tomadas con el objeto de profesionalizar la carrera judicial y de realizar una selección idónea de los jueces, evitando que la misma se vea afectada por partidos políticos y otros grupos de presión.*
- c) Se agilicen los procesos judiciales mediante la eliminación de aquellos aspectos procesales que contribuyen al retardo de los mismos.*

Una vez reseñados los autores en cita, estimo que las propuestas más urgentes, son las siguientes:

- a) La especialización de jueces y magistrados, para una posterior colegiación, en la cual se exija la constante preparación y actualización de los jueces constitucionales<sup>58</sup>;

---

<sup>57</sup> Parra Tapia de Morales, Ivonne, *op. cit.*, nota 5, pp. 45-75.

<sup>58</sup> Actualmente entre los requisitos para acceder al cargo de juez o magistrado de circuito, el Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reglamenta la carrera judicial y las condiciones de los funcionarios judiciales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el martes tres de octubre de dos mil seis, en su capítulo II De la Adscripción, en su artículo 31 señala que, para otorgar la primera adscripción a los funcionarios judiciales ascendidos a las categorías de magistrado de circuito y jueces de distrito, mediante el correspondiente concurso de oposición, en los casos en que existan varias plazas vacantes, o bien, cuando sean varios los que aspiren a una misma plaza, el Consejo de la Judicatura Federal tomará en cuenta, entre otros requisitos señalados, el grado académico que comprende el nivel de estudios con que cuente el servidor público, así como los diversos cursos de actualización y especialización, acreditados de manera fehaciente; sin embargo, cabe destacar que tal situación se evalúa como un requisito adicional y no como una exigencia. Asimismo en el artículo 34 del mismo ordenamiento, en su fracción IV señala, la valoración del grado académico y los cursos de actualización y especialización en el ámbito jurisdiccional, dándole al doctorado ocho puntos, maestría cinco puntos y especialidad tres puntos, señalando similares valores para efectos de la readscripción. Todo lo anterior evidencia que los estudios de posgrado son opcionales para acceder al cargo

b) La revisión del marco jurídico a efecto de que se reduzcan los supuestos que provoquen discrecionalidad judicial, puesto que tal situación sólo genera incertidumbre jurídica, al efecto se hace indispensable la revisión de la legislación para que exija la máxima claridad en las leyes y lograr eliminar lo arbitrario en la actividad jurisdiccional;

c) El respeto a la jerarquía de normas, esto en atención al Poder Legislativo y al Poder Judicial, mediante su labor de corrección material;

d) La reestructuración de la labor judicial, en el sentido de que no sólo se atiende únicamente a tener un gran número de asuntos resueltos por cada órgano jurisdiccional, es decir, a la estadística de los mismos; que se ponga especial énfasis en la calidad de la interpretación y de la argumentación; que se abandone el método de subsunción de la norma al caso concreto. En este sentido, que en todos los asuntos se exija un máximo de esfuerzo racional y de investigación por parte de jueces y magistrados;

e) El fortalecimiento del Estado de Derecho en el respeto y continua construcción del principio de equilibrio de poderes, en atención al nombramiento de ministros, sin la injerencia política del Ejecutivo, sino mediante un sistema que le de plena autonomía, y por tanto, imparcialidad e independencia al Poder Judicial Federal. En este aspecto considero se lograría el fortalecimiento de la soberanía y democracia del Estado de Derecho, porque cuando se alcanza el

---

de juez o magistrado, lo cual implica un desinterés en la especialización, pues debería señalarse como una obligación el cursar este tipo de estudios, para que los jueces tengan la posibilidad de ampliar sus perspectivas de conocimiento y comprensión del mundo de la vida, pues no conocen más allá de los expedientes, difícilmente si no es sólo por iniciativa personal de algunos, pocas veces tienen acceso a las últimas teorías jurídicas y estudios contemporáneos del Derecho y de la Filosofía, no sólo en el plano de las diversas disciplinas de la ciencia jurídica, sino en el plano epistemológico, lo cual les ampliaría el campo de razonamiento al momento de realizar la función jurisdiccional.

mayor equilibrio de poderes en un Estado, se realizan los pilares sobre los que se edificó la norma fundante;

f) La revisión de la política criminal, puesto que la sentencia de amparo tiene efectos de restitución al quejoso en el goce de la garantía individual violada; por lo que, en este aspecto la racionalidad en la decisión judicial es fundamental, ya que en este tenor, el bien jurídico tutelado es la libertad, es por ello que debe ponerse más énfasis en esta materia, y

g) Finalmente, darle efecto *erga omnes*<sup>59</sup> a las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes, porque en este sentido ya no es operante el principio de relatividad de las sentencias, pues provoca, entre otros, los siguientes inconvenientes: Atenta contra el principio de supremacía constitucional; vulnera el principio de igualdad ante la ley y rompe la regularidad del sistema jurídico mexicano.

La declaración de inconstitucionalidad general, es la que resulta imprescindible para hablar de un verdadero control de la constitucionalidad. En aras de la certeza jurídica, debe ser a través de la jurisprudencia, el modo en que los tribunales dejen de aplicar la ley declarada inconstitucional. Es urgente que la legislación evolucione para que la jurisprudencia sea obligatoria para todas las autoridades del país y derogue o en su caso abrogue la norma jurídica tachada de inconstitucional, pues sólo así podrá hacerse efectiva la supremacía de la norma constitucional.

---

<sup>59</sup> Hacía todos, para todos, frente a todos.

Héctor Fix-Zamudio en su estudio "La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación y el juicio de amparo mexicano"<sup>60</sup> señala que, la declaración general de inconstitucionalidad está estrechamente vinculada con la interpretación conforme, ya que ambas instituciones permiten el equilibrio y moderación en las funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en las resoluciones de conflictos constitucionales, cuando éstos conocen de la impugnación de normas generales.

Asimismo, el autor en paráfrasis puntualiza que en nuestro país no se ha estudiado de manera suficiente la interpretación constitucional como una clase de la interpretación jurídica, que por el contrario ha tenido un desarrollo notable en numerosos ordenamientos, inclusive latinoamericanos y, por ello, no ha prestado atención al principio de la interpretación conforme; pero lo anterior no significa que no se hubiese aplicado por los tribunales federales y, especialmente, por la Corte al decidir sobre la constitucionalidad de normas generales, siendo necesario además, el incremento en las reformas constitucionales y legales.

El papel de los jueces<sup>61</sup> debe ser el de preservar la desconcentración de poder, indispensable en una democracia liberal y evitar el excesivo ejercicio de un Poder Ejecutivo centralizado en demérito de los derechos fundamentales. La responsabilidad exige convicciones firmes y éstas sólo pueden fundamentarse desde posiciones objetivas. La delimitación pública de lo justo y lo injusto, de lo prohibido y de lo permitido, es el fundamento de la misma certeza jurídica, ya que es ella, la que permite a los ciudadanos realizar la previsión de las consecuencias deónticas de sus acciones.

---

<sup>60</sup> Fix Zamudio, Héctor, "La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación y el juicio de amparo mexicano", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 8, Distrito Federal, México, 2001, paráfrasis.

<sup>61</sup> Vázquez Rodolfo, "El Estado de Derecho y su justificación", *Anuario de Derecho Público*, Distrito Federal, México, No. 1, 1997, paráfrasis, pp. 213-226.

En las apuntadas consideraciones, el Ministro Genaro Góngora Pimentel,<sup>62</sup> afirma que es indudable que nuestro Estado de Derecho es algo más que la siempre proclamación constitucional, sus virtudes superan a sus defectos y contamos con todos los elementos para aspirar firmemente a su realización. Considera que para vivir en un estricto marco jurídico que dignifique la vida del pueblo, necesitamos que nuestro Derecho dé solución a los problemas de igualdad y libertad que nos plantean los tiempos actuales y, para ello, se necesita un cambio que, desde luego, debe estar alejado de la violencia.

Una de las propuestas más interesantes del Ministro es que la constitución debe reconocer y garantizar la existencia de los grupos de presión en la sociedad, que éstos pueden opinar y disentir de las políticas gubernamentales. Las organizaciones no gubernamentales, demuestran la voluntad de la sociedad civil para participar activamente en la búsqueda de soluciones.

Otra propuesta de Góngora Pimentel, es la de modificar el rol de los jueces mediante la creación de tribunales independientes que velen por el respeto de la ley frente a los gobernados. Puntualiza que actualmente, el Poder Judicial Federal no tiene la facultad de formular iniciativas de leyes y que en alguna época de la historia, se concedía esta facultad a los poderes judiciales locales. En este sentido, propone que la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación sea formulada por el propio órgano judicial, porque éste es el que entiende y vive la aplicación de sus leyes orgánicas.

A primera vista parecen plausibles las reformas propuestas por Góngora Pimentel; sin embargo, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación le falta alcanzar deliberación al interior de la organización y transparencia judicial, desde la designación de jueces, magistrados y secretarios; así que no creo que ante

---

<sup>62</sup> Citado por Toca Gutiérrez, Patricia, "El juicio de amparo debería tener efectos generales", *La Barra. Revista de la Barra Mexicana*, Distrito Federal, México, No. 12, diciembre de 1996, paráfrasis.

coerciones de grupos de presión, el Poder Judicial responda de acuerdo a las demandadas sociales, baste observar sus amplísimas facultades discrecionales.

#### 4. La decisión judicial como instrumento fortalecedor de la soberanía en México

Una vez institucionalizado el poder del Estado por medio de la autoridad, se matiza una de sus características, el ser soberano. La soberanía deriva de la conjunción *superomnia*, es decir, sobre todo, es un atributo del poder del Estado. Al respecto de las consideraciones de este canon, el texto constitucional indica, que la misma reside esencial y originariamente en el pueblo, de lo que se colige que como potestad suprema del Estado, no es ilimitada sino que está sujeta a restricciones; es decir, el pueblo se autolimita.

En el mismo contexto selecciona la manera de constituirse y en el sistema de su funcionamiento se autodetermina. Conforme a lo dicho, estos atributos de autolimitación y autodeterminación implican la eliminación de cualquier elemento arbitrario, al gestar el ordenamiento jurídico.

Al respecto el artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, preceptúa:<sup>63</sup>

*La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.*

Del análisis del precepto constitucional, y del estudio de los adverbios *esencial* y *originariamente*, respecto de los cuales se dilucida, que el primero de ellos implica que la soberanía es consubstancial y concomitante al pueblo, o sea, que éste tiene como atributo de esencia, el ser soberano, que está dotado de

<sup>63</sup> Artículo 39 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, nota 49.

potestad suprema. Por otra parte, la palabra *originariamente* significa que es el pueblo quien, en principio y de manera esencial, es el único sujeto real de la soberanía, pero que, en atención a las circunstancias de índole práctica, no puede desempeñarla dentro de la organización estatal por sí mismo; por lo que se ve en la precisión de delegar su ejercicio en órganos por él creados expresamente, los cuales despliegan el poder soberano popular en forma derivada.

Las facultades de autodeterminación y de autolimitación, son las capacidades siempre coexistentes del concepto de soberanía popular y que participan de su carácter inalienable, también están insertas en nuestro orden constitucional, en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece:<sup>64</sup>

*Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.*

La autolimitación se encuentra inserta en el artículo 1º de la Carta Magna, el cual dispone:

*En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.*

*Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.*<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> *Ibidem.*, artículo 40.

<sup>65</sup> *Ibidem.*, artículo 1º.

Al respecto de las manifestaciones vertidas, Juventino B. Castro, en su obra "Lecciones de Garantía y Amparo",<sup>66</sup> expone en lo tocante a la autolimitación, las siguientes ideas:

*...son los derechos públicos individuales los factores o elementos en que se concreta la autolimitación popular, al reputarlos como diques u obstáculos a la actuación arbitraria e ilegal de los órganos autoritarios, por conducto de los cuales se desempeña la soberanía del pueblo. Además dentro de un régimen de legalidad como es o pretende ser, al menos teóricamente, el nuestro, la autolimitación se contiene en todo el Derecho Positivo, que es el que complementa o secunda las garantías constitucionales, clasificadas generalmente en garantías concernientes a la libertad, a la igualdad, a la propiedad y seguridad, la que propiamente equivale a la de legalidad, por significar el conjunto de medios jurídicos de preservación de las anteriores, dentro de los cuales descuella la existencia de la ley.*

En los términos discutidos válidamente se puede afirmar que, la autolimitación involucra una restricción a la actividad del Estado, la cual es inserta por el sistema jurídico, en el que actúa a través de la figura de la autoridad y debe sujetar su acción al ámbito de competencia que la ley le impute; de esta manera, no obra voluntariamente, sino en representación del Estado como depositario del poder soberano.

La legitimidad aparece en escena como producto del consenso popular, que asegura que se obedecerán los mandatos del Estado, mientras que las condiciones de legitimidad serán el motor para el consenso, lo cual depende de la organización estatal. En esta guisa, la eficacia del sistema político de un país está en función del nivel de estabilidad que otorgue a los gobernados y, el reconocimiento que éstos últimos le otorguen, requiere del ejercicio de un poder público consistente; es precisamente<sup>66</sup> en este supuesto, en el que la coherencia del

---

<sup>66</sup> Castro, Juventino, V. *Lecciones de garantía y amparo*, Decimosegunda edición, México, Porrúa, 2003, p. 75.



sistema constituye un elemento indispensable de reconocimiento de la eficacia del mismo.

María Elena Cárdenas Méndez<sup>67</sup> afirma, que el Estado de Derecho no es más que la *institucionalización jurídica de la democracia política* y, se caracteriza, por cuatro elementos, a saber:

*...la sujeción al imperio de la ley producida democráticamente como expresión de la soberanía popular; la existencia de una separación o diferenciación de poderes; una fiscalización de la administración, es decir, un control judicial sobre los poderes públicos, y, el reconocimiento y respeto de los derechos humanos.*

Así las cosas, un Estado de Derecho debe ser un sistema político, legítimo y estable y, dicha legitimidad es fortalecida, cuando la decisión judicial en la institución del juicio de amparo otorga certeza jurídica a los gobernados acerca de la observación y aplicación por parte del aparato judicial de los principios constitucionales. En última instancia realiza y fortalece la soberanía popular, porque en el apego al texto constitucional y, máxime, en la correcta interpretación del mismo, traslada la democracia de un pueblo a la praxis de una resolución judicial, cuando se realizan los valores supralegales y vinculantes de la constitución en el efectivo respeto de las garantías individuales y en el otorgamiento a los gobernados, de un contexto permeado de certeza jurídica, acceso a la impartición de justicia y que ésta sea producto de la razón y no de los intereses políticos de los contendientes (en el caso de los asuntos que por su cuantía o las partes en conflicto tienen fácil injerencia en la opinión política).

La democracia como expresión de la voluntad del pueblo en la elección de sus representantes y en la instauración de su forma de gobierno pretende certeza, más aún, en el caso del Poder Judicial, en el que por la forma de elección de los

---

<sup>67</sup> Cárdenas Méndez, María Elena, *op. cit.*, nota 50, pp. 3-4.

que imparten justicia parece en primer plano no tener un ejercicio democrático, pero en la realización de su cometido y, específicamente, en la corrección material de su función debería reivindicar su valor: en la consistencia de sus decisiones justificar su creación.

Atinente a la realización del Derecho como sistema político legítimo y estable, María Elena Cárdenas Méndez, "Conceptos filosóficos-políticos y Estado de Derecho en México",<sup>68</sup> al respecto, nos ilustra:

*La constitución política de cualquier Nación es el documento básico de la estructura política y jurídica del Estado, establece y determina la forma de Estado y gobierno, que los ciudadanos adoptan para su vida institucional, así como las reglas de competencia de cada poder constituido y el catálogo de los derechos fundamentales del individuo. Es así como en medida de que una Constitución Política represente un marco de verdaderos acuerdos democráticos en el orden político y social existirá mayor consenso respecto de su cumplimiento voluntario. El sistema democrático es indudablemente una condición de legitimidad del poder estatal en cualquier sistema político.*

La legitimidad de un orden político democrático ha de basarse en el principio de que sólo puede ejercerse el poder y el gobierno con el consentimiento de los gobernados; el fin no es otro que la realización de la idea de igualdad, no sólo política, sino también de otras esferas de la vida social: igualdad ante la ley, igualdad de derechos civiles, igualdad de oportunidades y hasta igualdad de resultados.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> *Idem.*

<sup>69</sup> Parra Tapia de Morales, Ivonne, *op. cit.*, nota 5, paráfrasis, pp. 45-75.



## II. LA ORGANIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN EN MÉXICO

La locución Poder Judicial suele emplearse en dos sentidos, que son: el orgánico y el funcional. Conforme al primero, que es impropio aunque muy usual, el *Poder Judicial* denota a la judicatura misma; es decir, al conjunto de tribunales federales o locales estructurados jerárquicamente y dotados de distinta competencia. Bajo el segundo sentido, dicho concepto implica la función o actividad de los órganos judiciales del Estado que desempeñan, sin que sea total y necesariamente jurisdiccional, puesto que su ejercicio también comprende, por excepción, actos administrativos. Tampoco la función jurisdiccional sólo es desplegable por los órganos judiciales formalmente considerados, ya que es susceptible de ejercitarse por órganos que, desde el mismo punto de vista, son administrativos o legislativos.<sup>70</sup>

En el artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se prevé el origen del Poder Judicial,<sup>71</sup> al sostener que:

*Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito.*

*La administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal en los términos que, conforme a las bases que señala esta Constitución, establezcan las leyes.*

El Consejo de la Judicatura Federal al ser un órgano administrativo, carece de facultad efectiva y pragmática de vigilancia; no obstante que la Suprema Corte

<sup>70</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 45, paráfrasis, pp. 819- 824.

<sup>71</sup> Artículo 94 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, nota 49.

de Justicia de la Nación le atribuya facultades de revisión, el hecho es que no las puede aplicar, como un verdadero órgano de control y vigilancia del Poder Judicial Federal, toda vez que los miembros de dicho consejo, también son parte de la Corte.

En este sentido, la facultad de revisión otorgada, no puede cumplirse a cabalidad, pues el observador no puede observarse a sí mismo, esto es evidente si observamos la conformación de dicho consejo, ya que la persona que ocupa el cargo de consejero presidente es la misma que detenta el cargo de ministro presidente de la Suprema Corte y, los demás integrantes del consejo, son magistrados del Poder Judicial de la Federación; por lo que, dicho órgano de control no puede pretender vigilarse a sí mismo, pues tienen intereses de por medio.

Al respecto, el artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, indica:

*La Suprema Corte de Justicia de la Nación se compone de once Ministros y funciona en Pleno o en Salas.*

*En los términos que la ley disponga las sesiones del Pleno y de las Salas serán públicas, y por excepción secretas, en los casos en que así lo exijan la moral o el interés público.<sup>72</sup>*

La discriminación de qué sesiones de la Suprema Corte serán secretas, de acuerdo a la moral o al interés público, es una cuestión debatida, porque los asuntos que afecten a estos tópicos son endebles y subjetivos, es por ello, que corren el riesgo de caer en extremos de interpretaciones subjetivas, carentes de bases racionales. Al respecto véase el texto del artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> *Ibidem.*, artículo 94.

<sup>73</sup> Baste revisar el Código de ética del Poder Judicial de la Federación, totalmente aberrante.

*El Consejo de la Judicatura Federal determinará el número, división en circuitos, competencia territorial y, en su caso, especialización por materia, de los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y de los Juzgados de Distrito.*

*El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estará facultado para expedir acuerdos generales, a fin de lograr una adecuada distribución entre las Salas de los asuntos que compete conocer a la Corte, así como remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito, para mayor prontitud en el despacho de los asuntos, aquéllos en los que hubiera establecido jurisprudencia o los que, conforme a los referidos acuerdos, la propia Corte determine para una mejor impartición de justicia. Dichos acuerdos surtirán efectos después de publicados.*

*La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación.*

*La remuneración que perciban por sus servicios los Ministros de la Suprema Corte, los Magistrados de Circuito, los Jueces de Distrito y los Consejeros de la Judicatura Federal, así como los Magistrados Electorales, no podrá ser disminuida durante su encargo.*

*Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia durarán en su encargo quince años, sólo podrán ser removidos del mismo en los términos del Título Cuarto de esta Constitución y, al vencimiento de su período, tendrán derecho a un haber por retiro.*

*Ninguna persona que haya sido Ministro podrá ser nombrada para un nuevo período, salvo que hubiera ejercido el cargo con el carácter de provisional o interino.<sup>74</sup>*

El problema de la remuneración de los ministros, ha sido un tema ampliamente discutido, pero los sueldos que perciben son entre los más altos de

---

<sup>74</sup> Artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*, nota 49.

América Latina, en sus respectivos rangos; cuestión injustificada, pues es excesivo el salario que perciben.<sup>75</sup>

La recta administración de justicia es condición de vida democrática en toda sociedad y su importancia se acentúa en regímenes como el nuestro, en el que el Poder Judicial Federal es competente para inutilizar los actos de autoridad que son contrarios a la constitución.

En la rectitud de la impartición de justicia hay que señalar la importancia de dos cuestiones, tan estrechamente relacionadas entre sí, que forman en realidad un sólo problema: quién debe designar a los ministros de la Suprema Corte y por cuánto tiempo deben durar en sus encargos. Actualmente son propuestos por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, previa aprobación del Senado de la República; esta forma de designación resta independencia e imparcialidad a la labor jurisdiccional, puesto que su cargo está sujeto a condiciones políticas dependientes del Poder Ejecutivo Federal. Tal como lo preceptúan los artículos 95, 96, 97 y 98 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> Véase Begné Guerra, Cristina, *Jueces y democracia en México*, Distrito Federal, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 44.

<sup>76</sup> **Artículo 95 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, *op. cit.*, nota 49.

"Para ser electo Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se necesita:

I. Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles.

II. Tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación;

III. Poseer el día de la designación, con antigüedad mínima de diez años, título profesional de licenciado en derecho, expedido por autoridad o institución legalmente facultada para ello;

IV. Gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión; pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza y otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena.

V. Haber residido en el país durante los dos años anteriores al día de la designación; y

VI. No haber sido secretario de Estado, jefe de departamento administrativo, Procurador General de la República o de Justicia del Distrito Federal, senador, diputado federal ni gobernador de algún Estado o Jefe del Distrito Federal, durante el año previo al día de su nombramiento.

Los nombramientos de los Ministros deberán recaer preferentemente entre aquellas personas que hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia o que se hayan distinguido por su honorabilidad (sic), competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica."

**Artículo 96 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**

"Para nombrar a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Presidente de la República someterá una terna a consideración del Senado, el cual, previa comparecencia de las personas propuestas, designará al Ministro que deba cubrir la vacante. La designación se hará por el voto de las dos terceras partes de los

## 1. La función judicial propiamente dicha

Es necesario hacer una revisión, aunque sólo somera de las atribuciones concedidas por la constitución a los tribunales, para entender el marco en el que éstos desarrollan sus actividades.

Entre la facultades que el texto constitucional otorga a los órganos federales en su artículo 104<sup>77</sup> figuran las que entrañan, en cuanto a su ejercicio, una función

---

miembros del Senado presentes, dentro del improrrogable plazo de treinta días. Si el Senado no resolviere dentro de dicho plazo, ocupará el cargo de Ministro la persona que, dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República.

En caso de que la Cámara de Senadores rechace la totalidad de la terna propuesta, el Presidente de la República someterá una nueva, en los términos del párrafo anterior. Si esta segunda terna fuera rechazada, ocupará el cargo la persona que dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República."

**Artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**

"Los Magistrados de Circuito y los Jueces de Distrito serán nombrados y adscritos por el Consejo de la Judicatura Federal, con base en criterios objetivos y de acuerdo a los requisitos y procedimientos que establezca la ley. Durarán seis años en el ejercicio de su encargo, al término de los cuales, si fueran ratificados o promovidos a cargos superiores, sólo podrán ser privados de sus puestos en los casos y conforme a los procedimientos que establezca la ley.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá nombrar alguno o algunos de sus miembros o algún Juez de Distrito o Magistrado de Circuito, o designar uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal o alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, o el Gobernador de algún Estado, únicamente para que averigüe algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual. También podrá solicitar al Consejo de la Judicatura Federal, que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal.

La Suprema Corte de Justicia nombrará y removerá a su secretario y demás funcionarios y empleados. Los Magistrados y jueces nombrarán y removerán a los respectivos funcionarios y empleados de los Tribunales de Circuito y de los Juzgados de Distrito, conforme a lo que establezca la ley respecto de la carrera judicial.

Cada cuatro años, el Pleno elegirá de entre sus miembros al Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el cual no podrá ser reelecto para el periodo inmediato posterior."

**Artículo 98 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**

"Cuando la falta de un Ministro excediere de un mes, el Presidente de la República someterá el nombramiento de un Ministro interino a la aprobación del Senado, observándose lo dispuesto en el artículo 96 de esta Constitución.

Si faltare un Ministro por defunción o por cualquier causa de separación definitiva, el Presidente someterá un nuevo nombramiento a la aprobación del Senado, en los términos del artículo 96 de esta Constitución.

Las renunciaciones de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia solamente procederán por causas graves; serán sometidas al Ejecutivo y, si éste las acepta, las enviará para su aprobación al Senado.

Las licencias de los Ministros, cuando no excedan de un mes, podrán ser concedidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; las que excedan de este tiempo, podrán concederse por el Presidente de la República con la aprobación del Senado. Ninguna licencia podrá exceder del término de dos años.

<sup>77</sup> *Ibidem.*, artículo 104.



que se desarrolla análogamente a la que se despliega en los procesos de orden común, pues tiene por finalidad, la resolución de un problema jurídico que puede ser o no ser constitucional, sin que dichos tribunales se sitúen en una relación de hegemonía sobre los demás órganos del Estado y sin que pretendan establecer el equilibrio entre ellos, mediante el control de sus actos.

La función judicial propiamente dicha de los tribunales federales consiste, por ende, en resolver controversias jurídicas de diferente naturaleza sin perseguir ninguno de los objetivos indicados, traduciéndose su ejercicio en los llamados *juicios federales*, diferentes al juicio de amparo.

En este sentido, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establece el marco legal que da competencia al Poder Judicial de la Federación en diversos aspectos. Al respecto, el artículo 103 constitucional<sup>78</sup> dispone que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

*I. Por leyes o actos de la autoridad que viole las garantías individuales.*

*II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y*

*III. Por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.*

---

"Artículo 104: I. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal. Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado.

II. De todas las controversias que versen sobre derecho marítimo;

III. De aquéllas en que la Federación fuese parte;

IV. De las controversias y de las acciones a que se refiere el artículo 105 Constitucional, mismas que serán del conocimiento exclusivo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación;

V. De las que surjan entre un Estado y uno o más vecinos de otro, y

VI. De los casos concernientes a miembros del Cuerpo Diplomático y Consular."

<sup>78</sup> *Ibidem.*, artículo 103.

En el precepto legal transcrito con antelación, se observan el tipo de controversias que resolverá el Poder Judicial Federal, ejerciéndose un control constitucional de los actos de las autoridades, así como de las leyes.

De igual manera las cuestiones atinentes a controversias constitucionales son competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que al tenor del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>79</sup> conocerá de los siguientes asuntos:

*I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de la Constitución, se susciten entre:*

- a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal;*
- b) La Federación y un municipio;*
- c) El Poder Ejecutivo y el congreso de la unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;*
- d) Un Estado y otro;*
- e) Un Estado y el Distrito Federal;*
- f) El Distrito Federal y un municipio;*
- g) Dos municipios de diversos Estados;*
- h) Dos poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;*
- i) Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;*
- j) Un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y*
- k) Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.*

...

*II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y de la Constitución.*

...

---

<sup>79</sup> *Ibidem.*, artículo 105.

*III. De oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Unitario de Circuito o del Procurador General de la República, podrá conocer de los recursos de apelación en contra de sentencias de Jueces de Distrito dictadas en aquellos procesos en que la Federación sea parte y que por su interés y trascendencia así lo ameriten.*

....

En lo concerniente a los conflictos competenciales el artículo 106 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>80</sup> establece que corresponde al Poder Judicial de la Federación, dirimir las controversias que, por razón de competencia, se susciten entre los Tribunales de la Federación, entre éstos y los de los Estados o del Distrito Federal, entre los de un Estado y los de otro, o entre los de un Estado y los del Distrito Federal.

Finalmente, respecto al juicio de amparo, el artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>81</sup> preceptúa los procedimientos y normas a que debe sujetarse.

<sup>80</sup> *Ibidem.*, artículo 106.

<sup>81</sup> *Ibidem.*, artículo 107.

" I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada;

II. La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.

En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de la queja de acuerdo con lo que disponga la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de esta Constitución.

Cuando se reclamen actos que tengan o puedan tener como consecuencia privar de la propiedad o de la posesión y disfrute de sus tierras, aguas, pastos y montes a los ejidos o a los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, o a los ejidatarios o comuneros, deberán recabarse de oficio todas aquellas pruebas que puedan beneficiar a las entidades o individuos mencionados y acordarse las diligencias que se estimen necesarias para precisar sus derechos agrarios, así como la naturaleza y efectos de los actos reclamados.

En los juicios a que se refiere el párrafo anterior no procederán, en perjuicio de los núcleos ejidales o comunales, o de los ejidatarios o comuneros, el sobreseimiento por inactividad procesal ni la caducidad de la instancia, pero uno y otra sí podrán decretarse en su beneficio. Cuando se reclamen actos que afecten los derechos colectivos del núcleo tampoco procederán el desistimiento ni el consentimiento expreso de los propios actos, salvo que el primero sea acordado por la Asamblea General o el segundo emane de ésta.

III. Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:

a) Contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, respecto de las cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o reformados, ya sea que la violación se

cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo; siempre que en materia civil haya sido impugnada la violación en el curso del procedimiento mediante el recurso ordinario establecido por la ley e invocada como agravio en la segunda instancia, si se cometió en la primera. Estos requisitos no serán exigibles en el amparo contra sentencias dictadas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten al orden y a la estabilidad de la familia;

b) Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan, y

c) Contra actos que afecten a personas extrañas al juicio;

IV. En materia administrativa el amparo procede, además, contra resoluciones que causen agravio no reparable mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal. No será necesario agotar éstos cuando la ley que los establezca exija, para otorgar la suspensión del acto reclamado, mayores requisitos que los que la Ley Reglamentaria del Juicio de Amparo requiera como condición para decretar esa suspensión;

V. El amparo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, sea que la violación se cometa durante el procedimiento o en la sentencia misma, se promoverá ante el tribunal colegiado de circuito que corresponda, conforme a la distribución de competencias que establezca la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en los casos siguientes:

a) En materia penal, contra resoluciones definitivas dictadas por tribunales judiciales, sean éstos federales, del orden común o militares.

b) En materia administrativa, cuando se reclamen por particulares sentencias definitivas y resoluciones que ponen fin al juicio dictadas por tribunales administrativos o judiciales, no reparables por algún recurso, juicio o medio ordinario de defensa legal;

c) En materia civil, cuando se reclamen sentencias definitivas dictadas en juicios del orden federal o en juicios mercantiles, sea federal o local la autoridad que dicte el fallo, o en juicios del orden común.

En los juicios civiles del orden federal las sentencias podrán ser reclamadas en amparo por cualquiera de las partes, incluso por la Federación, en defensa de sus intereses patrimoniales, y

d) En materia laboral, cuando se reclamen laudos dictados por las Juntas Locales o la Federal de Conciliación y Arbitraje, o por el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje de los Trabajadores al Servicio del Estado;

La Suprema Corte de Justicia, de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, o del Procurador General de la República, podrá conocer de los amparos directos que por su interés y trascendencia así lo ameriten.

VI. En los casos a que se refiere la fracción anterior, la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución señalará el trámite y los términos a que deberán someterse los tribunales colegiados de circuito y, en su caso, la Suprema Corte de Justicia, para dictar sus respectivas resoluciones;

VII. El amparo contra actos en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecte a personas extrañas al juicio, contra leyes o contra actos de autoridad administrativa, se interpondrá ante el juez de Distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la autoridad, a una audiencia para la que se citará en el mismo auto en el que se mande pedir el informe y se recibirán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oirán los alegatos, pronunciándose en la misma audiencia la sentencia;

VIII. Contra las sentencias que pronuncien en amparo los Jueces de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito procede revisión. De ella conocerá la Suprema Corte de Justicia:

a) Cuando habiéndose impugnado en la demanda de amparo, por estimarlos directamente violatorios de la Constitución, leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del Artículo 89 de la Constitución y reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados o por el Jefe del Distrito Federal, subsista en el recurso el problema de constitucionalidad;

b) Cuando se trate de los casos comprendidos en las fracciones II y III del artículo 103 de esta Constitución.

La Suprema Corte de Justicia, de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, o del Procurador General de la República, podrá conocer de los amparos en revisión, que por su interés y trascendencia así lo ameriten.

En los casos no previstos en los párrafos anteriores, conocerán de la revisión los tribunales colegiados de circuito y sus sentencias no admitirán recurso alguno;

IX. Las resoluciones que en materia de amparo directo pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito no admiten recurso alguno, a menos de que decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución cuya resolución, a juicio de la Suprema Corte de Justicia y conforme a acuerdos generales, entrañe la fijación de un criterio de importancia y trascendencia. Sólo en esta hipótesis procederá la revisión ante la Suprema Corte de Justicia, limitándose la materia del recurso exclusivamente a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales;

X. Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones y garantías que determine la ley, para lo cual se tomará en cuenta la naturaleza de la violación alegada, la dificultad de reparación de los daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con su ejecución, los que la suspensión origine a terceros perjudicados y el interés público.

Dicha suspensión deberá otorgarse respecto de las sentencias definitivas en materia penal al comunicarse la interposición del amparo, y en materia civil, mediante fianza que dé el quejoso para responder de los daños y perjuicios que tal suspensión ocasionare, la cual quedará sin efecto si la otra parte da contrafianza para asegurar la reposición de las cosas al estado que guardaban si se concediese el amparo, y a pagar los daños y perjuicios consiguientes;

XI. La suspensión se pedirá ante la autoridad responsable cuando se trate de amparos directos promovidos ante los Tribunales Colegiados de Circuito y la propia autoridad responsable decidirá al respecto. En todo caso, el agraviado deberá presentar la demanda de amparo ante la propia autoridad responsable, acompañando copias de la demanda para las demás partes en el juicio, incluyendo al Ministerio Público y una para el expediente. En los demás casos, conocerán y resolverán sobre la suspensión los Juzgados de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito;

XII. La violación a las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 se reclamará ante el superior del tribunal que la cometa, o ante el Juez de Distrito o Tribunal Unitario de Circuito que corresponda, pudiéndose recurrir, en uno y otro caso, las resoluciones que se pronuncien, en los términos prescritos por la fracción VIII del artículo en comento.

Si el Juez de Distrito o el Tribunal Unitario de Circuito no residieren en el mismo lugar en que reside la autoridad responsable, la ley determinará el juez o tribunal ante el que se ha de presentar el escrito de amparo, el que podrá suspender provisionalmente el acto reclamado, en los casos y términos que la misma ley establezca;

XIII. Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador General de la República, los mencionados Tribunales o las partes que intervinieron en los juicios en que dichas tesis fueron sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, a fin de que el Pleno o la Sala respectiva, según corresponda, decidan la tesis que debe prevalecer como jurisprudencia.

Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo materia de su competencia, cualquiera de esas Salas, el Procurador General de la República o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, que funcionando en pleno decidirá cuál tesis debe prevalecer.

La resolución que pronuncien las Salas o el Pleno de la Suprema Corte en los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, sólo tendrá el efecto de fijar la jurisprudencia y no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción, y

XIV. Para el caso de ejidos o núcleos de población ejidal, se decretará el sobreseimiento del amparo o la caducidad de la instancia por inactividad del quejoso o del recurrente, respectivamente, cuando el acto reclamado sea del orden civil o administrativo, en los casos y términos que señale la ley reglamentaria. La caducidad de la instancia dejará firme la sentencia recurrida.

XV. El Procurador General de la República o el Agente del Ministerio Público Federal que al efecto designare, será parte en todos los juicios de amparo; pero podrán abstenerse de intervenir en dichos juicios, cuando el caso de que se trate carezca a su juicio, de interés público.

XVI. Si concedido el amparo la autoridad responsable insistiere en la repetición del acto reclamado o tratase de eludir la sentencia de la autoridad federal, y la Suprema Corte de Justicia estima que es inexcusable el incumplimiento, dicha autoridad será inmediatamente separada de su cargo y consignada al Juez de Distrito que corresponda. Si fuere excusable, previa declaración de incumplimiento o repetición, la Suprema Corte

## 2. La función de control constitucional en México

Afirmábamos anteriormente, que el ejercicio de la función judicial propiamente dicha, no entraña ninguna relación *política*, de poder a poder, entre el órgano jurisdiccional titular de la misma y cualquiera otra autoridad, sea Legislativa, Ejecutiva o Judicial, federal o local; puesto que, no tiene como objetivo primordial el mantenimiento del orden constitucional, sino que su finalidad sólo estriba en resolver el problema jurídico que se somete a su conocimiento.

Por el contrario, cuando los órganos del Poder Judicial Federal, con exclusión de los tribunales unitarios de circuito, despliegan su actividad jurisdiccional de control constitucional, se colocan en una relación política, con los demás poderes federales o locales, al abordar el examen de los actos realizados por éstos para establecer si contravienen o no el régimen constitucional, cuya protección y tutela son el principal objeto de la función de control constitucional, con las inherentes limitaciones legales.<sup>82</sup>

De lo expuesto con antelación se infiere que el Poder Judicial de la Federación, en el desempeño de ambas funciones, se coloca en una situación

---

requerirá a la responsable y le otorgará un plazo prudente para que ejecute la sentencia. Si la autoridad no ejecuta la sentencia en el término concedido, la Suprema Corte de Justicia procederá en los términos primeramente señalados.

Cuando la naturaleza del acto lo permita, la Suprema Corte de Justicia, una vez que hubiera determinado el incumplimiento o repetición del acto reclamado, podrá disponer de oficio el cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo, cuando su ejecución afecte gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios económicos que pudiera obtener el quejoso. Igualmente, el quejoso podrá solicitar ante el órgano que corresponda, el cumplimiento sustituto de la sentencia de amparo, siempre que la naturaleza del acto lo permita.

La inactividad procesal o la falta de promoción de parte interesada, en los procedimientos tendientes al cumplimiento de las sentencias de amparo, producirá su caducidad en los términos de la ley reglamentaria.

XVII. La autoridad responsable será consignada a la autoridad correspondiente, cuando no suspenda el acto reclamado debiendo hacerlo, y cuando admita fianza que resulte ilusoria o insuficiente, siendo en estos dos últimos casos, solidaria la responsabilidad civil de la autoridad con el que ofreciere la fianza y el que la prestare..."

<sup>82</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 45, paráfrasis, pp. 824- 826.

jurídica distinta, a saber: Cuando ejecuta una función judicial se traduce en un mero juez que resuelve el conflicto de Derecho, exclusivamente, y en el caso del ejercicio de la función de control constitucional se erige en mantenedor, protector y conservador del orden creado por la constitución en los distintos casos que se presenten a su conocimiento.

Burgoa<sup>83</sup> afirma encontrar las siguientes diferencias principales que median entre la naturaleza jurídica de ambas funciones:

Al ejercer la función de control constitucional, el Poder Judicial Federal se coloca en una relación política, de poder a poder, con las demás autoridades del Estado, federales y locales, mientras que cuando desempeña la función judicial propiamente dicha, no surge esa relación.

El objetivo primordial histórico y jurídico de la función de control constitucional consiste en la protección y mantenimiento del orden constitucional, realizado en cada caso que se presente. En cambio, la otra función, o sea, la judicial, no tiene dicha finalidad inmediata y primordial; ya que no tiende a impartir dicha protección, sino a resolver el problema de Derecho que se presente, sin que tenga la mira de salvaguardar el régimen constitucional violado por actos de autoridades estatales.

Por consiguiente, al desempeñar la función de control constitucional, el Poder Judicial Federal se erige en organismo tutelar del orden creado por la Ley Fundamental; en cambio, cuando la función que desarrolla es la judicial propiamente dicha, se le concibe con caracteres de mero juez, como autoridad jurisdiccional de simple resolución del conflicto de Derecho que se suscite, sin pretender primordialmente, como ya se dijo, conservar la integridad y el respeto de la constitución.

---

<sup>83</sup> *Idem*, paráfrasis.

Sin embargo, podemos decir que hay casos, como el previsto por el artículo 105 constitucional,<sup>84</sup> en los que la Suprema Corte, en especial, al realizar la función judicial propiamente dicha, en realidad protege la constitución al resolver sobre la constitucionalidad de los actos de los distintos poderes federales o locales; esta protección se imparte en forma mediata, como consecuencia lógica derivada de la resolución del conflicto y no como finalidad primaria e inmediata, como sucede cuando desempeña la función de control constitucional.

---

<sup>84</sup> Artículo 105 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, nota 49.





### III. EL JUICIO DE AMPARO MEXICANO COMO INSTRUMENTO DE CONTROL CONSTITUCIONAL

El Estado de Derecho es aquel que está constituido por la sociedad, en donde los integrantes de la misma se unen con el objetivo de alcanzar el bien común y el individual, donde para mantener la convivencia social establecen el ordenamiento jurídico que obliga a los gobernantes y gobernados al cumplimiento de las leyes y a la estricta observancia de la carta fundamental.

En el marco del apego a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es que el juicio de amparo se erige como medio de defensa constitucional, que delimita el ejercicio del poder, que al Estado le ha sido conferido por la sociedad políticamente organizada.

Es a través del control constitucional que se busca la anulación de las leyes o actos contrarios a la carta magna. En este sentido, Jorge Antonio Galindo Monroy "El juicio de amparo como control en el Estado de Derecho",<sup>85</sup> nos explica el mecanismo de desenvolvimiento del control jurisdiccional, a saber:

*El control jurisdiccional reside en un tribunal que usualmente forma parte del Poder Judicial y se da cuando el particular o el órgano estatal afectados por un acto de autoridad contrario a la Constitución, acuden a él para pedirle su anulación, acto seguido se da vista a la autoridad que emitió el acto y al final se ratifica la validez del acto o se decreta la nulidad. Puede ejercerse vía de acción o de excepción. En el primer supuesto se formula la petición en forma de demanda y en el segundo, se impugna a través del recurso que se interponga ante la autoridad que lo emitió o ante su superior jerárquico.*

---

<sup>85</sup> Galindo Monroy, Jorge Antonio, "El juicio de amparo como control en el Estado de Derecho", *Anuario de Derecho Público*, Distrito Federal, México, No. 1, 1997, pp. 45-61.

*El control jurisdiccional también es político porque el tribunal constitucional va a juzgar sobre la conducta de las demás autoridades.<sup>86</sup>*

Es muy importante señalar, que el Poder Judicial Federal Mexicano desde sus más remotos orígenes está inspirado en el modelo de la Constitución de los Estados Unidos de América. En efecto, esta constitución que entró en vigor en el año 1787, estableció el principio de la supremacía constitucional, o sea, el de la prevalencia de la propia constitución federal y de las leyes federales en relación con los demás cuerpos legislativos o leyes que estuvieran en contra, y que hubieren expedido cada uno de los Estados. La Suprema Corte Norteamericana tiene dos órdenes de jurisdicción, una ordinaria, en la que examina los hechos, aplica las leyes y define el Derecho, muy semejante a la que tienen los tribunales comunes, y otra de naturaleza política, de control constitucional.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> *Idem.*, paráfrasis.

Dicho autor sostiene, que entre reglas jurídicas que la colectividad se impone para regular las relaciones de coordinación y de suprasubordinación no son suficientes para que exista un Estado de Derecho, sino que se requiere que el pueblo políticamente organizado se constituya como tal, lo que hará a través de un reducido número de personas que sintetizarán la forma de ser y aspiraciones de ese pueblo para plasmarlas en un documento político-jurídico denominado Constitución, porque en él la sociedad se constituye a sí misma, como una persona jurídica distinta a la de sus integrantes, establece la forma en que quiere ser gobernada y estructura la manera en la que ejercerá el poder, pero además en él consigna las libertades y seguridades con las que desea vivir, derechos que son conocidos como garantías individuales. Por tal motivo, la constitución es un documento fundamental en el nacimiento y vida de un pueblo, lo que la hace de mayor jerarquía respecto de cualquier otra norma.

El constituyente de 1917 optó por el control jurisdiccional por vía de acción, para asegurar la defensa de la Constitución y, para tal efecto, en sus artículos 103 y 107, instituyó el juicio de amparo; sin embargo, éste no es único, pues en la actualidad también existen la controversia constitucional, y la acción de inconstitucionalidad previstas en el artículo 105 de la Constitución; por lo que el día de hoy puede hablarse de la existencia de un Derecho Procesal Constitucional que prevé tres juicios distintos para asegurar la supremacía de la Ley Fundamental.

Se ha dicho que el juicio de amparo no es un control constitucional porque no protege a la Constitución, sino sólo a su parte dogmática, pues únicamente procede por violaciones de garantías individuales. Esta postura es errónea, pues parte de una premisa falsa al indicar que no protege a todo el texto constitucional. En efecto, entre las garantías están, la de audiencia y legalidad, conforme a las cuales, todo acto de privación y de molestia debe emitirse por autoridad competente que funde y motive la causa legal de su actuación, lo que significa que sus actos deben fundarse en la ley aplicable al caso y motivarse en los hechos que actualicen la hipótesis normativa.

<sup>87</sup> Gómez Lara, Cipriano, "El juicio mexicano de amparo y la organización judicial federal de México", *Revista Procesal*, Distrito Federal, México Año 2, No. 4, paráfrasis, 1973.

Se trata en realidad de un proceso jurisdiccional, es un medio de control de constitucionalidad, ejercitado por órganos jurisdiccionales, en vía de acción que tiende a proteger al quejoso o agraviado en particular en los casos a que se refiere el artículo 103 constitucional.<sup>88</sup>

El juicio de amparo mexicano constituye en la actualidad la última instancia de impugnación de la mayor parte de los procedimientos judiciales, administrativos y aún de carácter legislativo; por lo que, tutela todo el orden jurídico nacional contra las violaciones realizadas por cualquier autoridad, siempre que esas infracciones se traduzcan en una afectación actual, personal y directa a los derechos de una persona jurídica, sea individual o colectiva.

Sin embargo, debe tomarse en consideración que el propio juicio de amparo surgió con el propósito esencial de proteger los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, contra su violación por parte de las autoridades públicas.

De acuerdo con las ideas de Jean Claude Tron Petit, "Algunas consideraciones sobre la sentencia en el juicio de amparo indirecto",<sup>89</sup> el antecedente del juicio de garantías lo constituyen, los principios de supremacía constitucional, Estado de Derecho, legalidad y división de poderes, los cuales, al ser violados, requieren que se restaure el orden constitucional quebrantado y, tal enmienda se logra primordialmente, a través de la tramitación del juicio de garantías.

<sup>88</sup> Artículo 103 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, nota 49.

"Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por leyes o actos de la autoridad que viole las garantías individuales.

II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y

III. Por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal."

<sup>89</sup> Tron Petit, Jean Claude, "Algunas consideraciones sobre la sentencia en el juicio de amparo indirecto", *Revista Jurídica Veracruzana*, Xalapa de Enríquez, Veracruz, México, Tomo LXIV, No. 80, julio-septiembre de 1997, paráfrasis.

---

En la doctrina constitucional se han diseñado varios medios para salvaguardar la supremacía de la Carta Magna. En México prevalece como medio fundamental el juicio de amparo. Sin embargo, coadyuvan algunas otras instituciones como: las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, el ombudsman, el juicio político, la desaparición de poderes y las facultades de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

De acuerdo con Tront Petit, dentro de los principios constitucionales se encuentra, el de relatividad, llamado también fórmula Otero, el cual, ha permitido la supervivencia del juicio de amparo al evitar que se resientan los poderes Legislativo y Ejecutivo de la tutela que, de no ser por el principio, ejercería de modo absoluto el Poder Judicial de la Federación.

Si la declaración de inconstitucionalidad de una ley tuviera un alcance *erga omnes*<sup>90</sup>, implicaría su derogación y el órgano judicial asumiría la función del Legislativo, provocándose un desequilibrio entre los poderes estatales y la supeditación del Legislativo al Judicial. Sin embargo, yo difiero con Tront Petit, porque el no darle efectos generales a las declaraciones de inconstitucionalidad, permite la afectación de una ley a toda la población; no obstante ello, creo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no es el órgano idóneo para estudiar y declarar la inconstitucionalidad de una ley; ya que debido a su forma de organización, está limitada su perspectiva para decidir en su integridad el alcance de una ley considerada inconstitucional, en su caso, esto sería materia de análisis de un verdadero tribunal constitucional.

Asimismo, se encuentra el principio de estricto derecho, conforme a éste, el juzgador debe concretarse a examinar la constitucionalidad del acto reclamado sólo a la luz de los argumentos externados en los conceptos de violación

---

<sup>90</sup> Op. cit., nota 59.

expresados en la demanda o en los agravios argüidos en la revisión; igualmente, las sentencias deben ser un fiel reflejo y tener como límite, precisamente, lo que se exponga en la demanda o recurso, sin poder mejorar o corregir el planteamiento propuesto.

En este aspecto, debemos señalar algunas críticas al aludido principio, dentro de las cuales se encuentra, que el sentido y alcance de la sentencia dependerá de la eficacia del abogado del agraviado, impidiendo al juez atender el conflicto que aqueja al ciudadano en aras de un rigorismo jurídico formalista, su aplicación encubre, con frecuencia, verdaderas injusticias y aberraciones jurídicas.

Asimismo, hay quienes defienden el principio de estricto derecho, señalando que es un factor necesario para preservar la certeza jurídica y evitar la inestabilidad de lo subjetivo en la labor judicial; sostienen que de abolirse, se colocaría a la contraparte del quejoso en estado de indefensión, frente a las variadas apreciaciones del juez, si éste asumiera el papel de contraparte, se rompería el principio de igualdad procesal entre las partes, se fomentaría la indolencia y apatía del agraviado.

### **1. *El concepto de autoridad***

En este apartado es menester precisar, que el sistema jurídico para justificar su recursividad opera con concepciones tales como: contrato social, bienestar común y división de poderes, entre otras; con estas semánticas trabajamos, bajo el pretexto de hacer operable la vida en sociedad y, aseveramos, que es necesario que la actividad inherente a cada persona esté limitada de tal manera, que su realización no afecte la convivencia social. De esta guisa, es que aparecen en la escena social, derechos y obligaciones cuya exigencia se hace indispensable, dando pauta al Derecho.

En este tipo de nociones concebimos que sea válido que exista la potestad del Estado como el poder político que tiene la capacidad de una persona o una institución de ser aceptados por la voluntad del gobernado. Así la *auctoritas*<sup>91</sup> es la potestad de quien por sus cualidades personales o institucionales, no delgadas verticalmente desde el centro distribuidor de poderes, sino ganadas por el mérito o heredadas por la tradición y práctica consuetudinaria, es reconocido socialmente con preeminencia.<sup>92</sup>

Según la Teoría de la *Auctoritas* romana<sup>93</sup>, el poder debe limitarse por una instancia ajena al mismo, cuya eficacia deriva de su radical independencia. Y un sistema de autoridad independiente sólo puede darse si existen órganos de consejo desprovistos de poder cuyo reconocimiento social les permita, si fuera necesario, desautorizar al poder.

En estos términos, la idea de un Estado de Derecho queda reducida a un sistema de representación popular cuyos mecanismos de control son inmanentes al poder delegado por el pueblo. Sin embargo, el Estado de Derecho busca un orden social justo, lo cual no equivale a una igualación de lo distinto *per se*<sup>94</sup> mediante la ley, sino una distinción de lo que es distinto, es decir, una justa distribución de los bienes atendiendo a las disimilitudes culturales, jurídicas y económicas.<sup>95</sup>

En el contexto de referencia Ivonne Parra Tapia de Morales, "Estado de Derecho, Poder Judicial y la protección de los derechos humanos",<sup>96</sup> nos explica que el principio de autoridad de la ley nace como oposición al principio absolutista

---

<sup>91</sup> Autoridad.

<sup>92</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, Trigésimocuarta edición, México, ed. Porrúa, 2002, paráfrasis, p. 156.

<sup>93</sup> Autoridad romana.

<sup>94</sup> A través de.

<sup>95</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 92, paráfrasis, p. 156.

<sup>96</sup> Parra Tapia de Morales, Ivonne, *op. cit.*, nota 5, paráfrasis, pp. 45-75.

que establecía que los actos del rey o soberano no se encontraban limitados por la ley. El principio de autoridad de la ley contempla que todo acto estatal debe tener su fuerza en la ley, entendiendo esta última como ley formal, es decir, aquella sancionada y promulgada por el parlamento, debido a que es a través de éste, como se manifiesta la voluntad popular.

La determinación de las conductas por parte del sistema jurídico se garantiza en su realización por medio de la obligación y la coacción, por un poder superior a la voluntad de los individuos, es a este tenor como la aplicación de las normas jurídicas no queda al arbitrio de los sujetos. La institucionalización del poder de referencia se denomina autoridad, al respecto Ignacio Burgoa Orihuela<sup>97</sup> le da la siguiente acepción al aludido concepto:

*...actuación suprema, radica en la comunidad misma, en el propio grupo social, y es ejercido por entidades creadas a posteriori, a las cuales expresamente se les ha conferido esa facultad.*

*La autoridad de un Estado... implica, pues, un poder, o sea, un conjunto de facultades y actos tendientes a garantizar el orden derecho mediante su idónea aplicación contra posibles contravenciones por parte de los individuos de la comunidad, asegurando así el orden social...*

A su vez para los efectos del juicio de amparo, la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, preceptúa un concepto de autoridad en su artículo 11, en los siguientes términos:

*Es autoridad responsable la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado.*<sup>98</sup>

<sup>97</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 92, p. 156.

<sup>98</sup> Artículo 11 de la *Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, nota 18.



---

Es en el seno del marco constitucional, que el concepto de autoridad cobra especial importancia para el juicio de amparo, toda vez que la actuación de cualquier autoridad que afecte los derechos de los gobernados, es objeto de reclamo constitucional a través del juicio de garantías. Así, los actos de las autoridades son el objeto de estudio de los jueces y magistrados federales, los cuales, al ser órganos revisores de las actuaciones de aquéllas, confirman o revocan sus determinaciones, pretendiendo restituir al quejoso en el goce de la garantía individual violada.

Sin embargo, no podemos ignorar el hecho de que la autoridad a la cual se le revoquen sus determinaciones, hace formularse la interrogante de qué sucede en el planteamiento de su decisión. ¿Está bien o es incorrecta? En algún punto debe estar inconsistente o el juez es el que tiene deficiencias en su revisión. En cualquier de los dos supuestos, la forma en que autoridades y jueces justifican sus determinaciones no satisface los intereses de las partes, lo que nos hace preguntarnos, si todos están mal, o es una deficiencia propia del "*sistema derecho*", la que obliga recursivamente a inducir al error.

## *2. La decisión judicial y las garantías individuales en el marco jurídico nacional*

En los regímenes democráticos es donde vislumbramos a las garantías individuales como manifestación del principio de seguridad jurídica. Éstas al igual que los derechos fundamentales y los derechos humanos, tutelan cualidades inherentes a la persona humana. Para lograr la protección de tales prerrogativas, la constitución es garante y protectora, así como, medio control, a través del juicio de amparo. Sólo en un Estado de Derecho se logra un integral equilibrio de fuerzas sociales, caracterizándose porque la satisfacción de necesidades está suficientemente organizada y distribuida.

La palabra garantía tiene su origen en un término anglosajón, *warranty* o *warrantie* se puede traducir como la acción de asegurar, proteger, defender o salvo guardar, (*to warrant*); por lo que, por la palabra *garantía* debemos entender que además de darle la connotación de aseguramiento o afianzamiento, se le puede dar el significado de *protección, respaldo, defensa, salvaguarda* o *apoyo*), estas acepciones se le dieron jurídicamente al vocablo, en el ámbito del Derecho Privado.<sup>99</sup>

Ahora bien, en el llamado Derecho Público que nos ha heredado el pueblo francés, el concepto de *garantía*, es el que se le da a los diversos tipos de seguridades o protecciones que se establecen a favor de los gobernados en un Estado de Derecho, a este tipo de seguridad así establecida se le ha denominado *garantías individuales*.<sup>100</sup>

Debe apuntarse, que el concepto de garantía se refiere a la relación existente entre dos sujetos, que los constriñe en el ámbito constitucional, el *activo* o sea el gobernado y el *pasivo* constituido por el Estado o sus órganos de autoridad. De esta conjunción, gobierno y gobernado resultan diversas clasificaciones de garantías: garantías individuales, garantías sociales y garantías políticas.

Del anterior grupo de garantías únicamente interesan las dos primeras, ya que son las que están tuteladas por el juicio de amparo, pues las garantías políticas, aun cuando se refiere a garantías consagradas en la carta fundamental, están tuteladas por la voluntad del pueblo y garantizadas por la ilustración del pueblo. Al respecto, Burgoa Orihuela nos precisa una concepción de garantía individual, en el siguiente sentido:

<sup>99</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 92, paráfrasis, p. 156.

<sup>100</sup> *Idem.*, paráfrasis.

*Garantía individual, se debe entender no a todo el variado sistema jurídico para la seguridad y eficacia del Estado de Derecho, sino a lo que se ha entendido por los "derechos del gobernado" frente al poder público.*

*Es decir, las garantías individuales se constituyen en la relación jurídica para determinar la autolimitación del Estado y la delimitación jurídica en el actuar de las autoridades.*

*Como se puede observar la garantía del libre acceso a la jurisdicción es la piedra de soporte fundamental del derecho de justicia de los mexicanos, ya que a través de esta garantía se establece que el gobernado deberá contar en todo momento con la facultad de reclamar su derecho ante los Tribunales respectivos, en cualquier controversia.<sup>101</sup>*

En el tenor de exposición puede decirse, que las garantías individuales son todas aquellas prerrogativas fundamentales, que dentro del marco del Estado de Derecho deben de respetarse. A efecto de integrar un concepto del tópico en comento, se hace necesaria la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Una relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujetos pasivos);

b) Un Derecho Público Subjetivo que emana de dicha relación en favor del gobernado (objeto);

c) Una obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo (objeto), y

d) La previsión y regulación de la citada relación por la ley fundamental (fuente).<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> *Idem.*

<sup>102</sup> *Idem.*

En la soberanía y la democracia reside el reconocimiento de los derechos fundamentales como nota característica, ya que son producto de consideraciones filosóficas, políticas, sociológicas y de diversa índole, en donde se reconoce la dignidad de la persona frente a las autoridades del Estado. Es precisamente en este entorno en el que se deben justificar las decisiones judiciales, ya que las mismas como actos de autoridad, deben enmarcarse en la obligación ineludible de someter sus determinaciones al Derecho, pues en la medida que se realice tal cometido, se construirán la juridicidad y la voluntad popular.

Segreste Ríos, Sergio, "Naturaleza jurídica y conceptualización de las garantías individuales",<sup>103</sup> indica que pueden destacarse dos posturas en cuanto a la explicación de la naturaleza jurídica de las garantías individuales: la jusnaturalista y la juspositivista, a saber:

*Tesis Jusnaturalista. Sostiene que las garantías individuales equivalen a los derechos del hombre, los cuales son inseparables a su naturaleza y sustanciales a su personalidad, son superiores y preexistentes a todo orden jurídico e inclusive al Estado mismo, el cual debe respetarlos e incorporarlos a su Constitución.*

*Tesis Juspositivista. Se afirma que siempre el poder del pueblo o la nación no existe ninguna protestad individual. Por ende, el sujeto particular no tiene ningún derecho que oponer al Estado, que es la forma jurídica y política que se organiza el pueblo. Pero, para obtener la felicidad y bienestar de la comunidad, es menester procurar que sus partes integrantes, los individuos, sean dichosos. Y por ello es que el Estado, en el ejercicio del poder soberano, cuyo titular es el pueblo, otorga, crea o concede a los gobernadores determinadas prerrogativas que lo coloquen al amparo de los desmanes, arbitrariedades e inequidades de las autoridades que obran en representación de aquél. El establecimiento de estas garantías individuales, constituye parte integrante de la finalidad general del Estado determinada por postulados éticos, como son los concernientes a la procuración del bienestar de la sociedad por medio de*

---

<sup>103</sup> Segreste Ríos, Sergio, "Naturaleza jurídica y conceptualización de las garantías individuales", *Revista Jurídica de Posgrado*, Oaxaca de Juárez, Oaxaca, México, Año 2, Nos. 5-6, enero-junio de 1996.

---

*la obtención de la felicidad de sus miembros individuales, para cuya consecución a éstos ciertos derechos o prerrogativas fundamentales.*

Podemos concluir que la actual constitución, según lo declara en su artículo primero,<sup>104</sup> otorga garantías al individuo, pero no como consecuencia de *derechos nacionales* que éste pudiera tener en su carácter de persona, sino en su calidad de *gobernado*. Es decir, como sujeto cuya esfera sea ámbito de operatividad de actos de las autoridades desempeñados en ejercicio del poder de imperio.

De esta manera, para la Constitución de 1917, los derechos del gobernado no equivalen a los derechos del hombre, esto es, no son anteriores a ella ni necesaria o ineludiblemente reconocibles por ella, sino derivados de la relación jurídica en que se traduce la garantía individual establecida y regulada por sus propios mandamientos.

Así pues, retomamos las ideas de Burgoa cuando define a la garantía individual como: La relación jurídica de supra o subordinación que vincula al gobernado como sujeto activo y los gobernantes como sujetos pasivos, y que da origen a un Derecho Subjetivo Público y a una obligación correlativa consistente en respetar el contenido de tal Derecho.<sup>105</sup>

Pasemos ahora a desentrañar el concepto antes expuesto, con el fin de tener una visión general de los elementos que lo integran y que son con los que trabajan los tribunales todos los días; sin embargo, ello no equivale a decir que

---

<sup>104</sup> Artículo 1º de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, nota 49.

"En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece. Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas."

<sup>105</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 92, paráfrasis, p. 156.

estemos de acuerdo, pero es necesario entender la mecánica semántica en la que se desenvuelven, la crítica a la misma se desarrollará más ampliamente en el capítulo III.

La primera parte del concepto nos dice que la garantía individual se traduce en una "*relación jurídica de supra o subordinación que vincula al gobernado como sujeto activo y a los gobernantes como sujetos pasivos*". En efecto, según estudiamos en líneas anteriores, al establecer la constitución vigente, derechos y deberes entre particulares y autoridades públicas, no hace sino instituir y regular auténticas relaciones de poder que vinculan jurídicamente a unos y a otras.

Existen tres tipos de relaciones jurídicas: de coordinación, de supraordinación y las de subordinación; las primeras, son las que se entablan exclusivamente entre particulares (personas físicas y morales), las de "supraordinación" solamente existen entre los diversos órganos del poder público en su carácter de autoridades y finalmente, tenemos las relaciones jurídicas de "subordinación" que son las que se entablan entre los órganos del poder público en su carácter de autoridades y los particulares (personas físicas y morales), es decir, en términos más claros, entre *gobernantes* y *gobernados*.<sup>106</sup>

La definición concluye diciendo que la relación jurídica de supra a subordinación "*da origen a un Derecho Subjetivo Público y a una obligación correlativa consistente en respetar el contenido de tal Derecho*", *Derecho* porque implica una facultad o protestad jurídicamente exigible, *subjetivo* porque consiste en una facultad o protestad otorgada a un sujeto por una norma de carácter objetivo y en este caso de rango constitucional y, finalmente *público*, porque siempre se hace valer ante un sujeto pasivo de tal naturaleza (autoridades públicas).<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>107</sup> *Idem.*, paráfrasis.

Atendiendo a la naturaleza prístina de la garantía individual, el sujeto activo o gobernado sólo es titular de un Derecho Subjetivo Público que enfrenta a las autoridades estatales y al Estado mismo, sin que a su vez, esté obligado hacia el sujeto pasivo. Por lo mismo, y en vista del atributo de unilateralidad que hemos señalado, el Estado y sus autoridades no tienen ningún derecho, ninguna facultad de imperio frente al gobernado en la relación que implica la garantía individual, pues sólo son titulares de la obligación que especificamos anteriormente.

Javier López y Conde en "Garantías Individuales, algunas reflexiones",<sup>108</sup> nos explica la defensa de las garantías individuales a través del juicio de amparo:

*El juicio de amparo es una institución eminentemente procesal; es la garantía o instrumento con el que se logra el respeto de los derechos fundamentales de los mexicanos y no mexicanos dentro de nuestro territorio y que se encuentran contenidos en nuestra Carta Magna.*

*Las normas constitucionales y legales que rigen el juicio de amparo son de carácter adjetivo, instrumental o procesal. Que el derecho sustantivo del amparo lo constituyen las garantías individuales establecidas en los 29 primeros artículos de la Constitución General de la República y que toda violación al orden jurídico mexicano a leyes del rango que sean, se traduce en violación a las garantías contenidas en los artículos 14 y 16 Constitucionales.*

*El control constitucional es limitado; consiste en impedir que las violaciones constitucionales o legales afecten a quienes van en demanda de amparo; no se puede promover este juicio para restaurar la legalidad constitucional sin la existencia de un individuo que sea titular de la acción. Así de este modo, el efecto de la sentencia que concede el amparo se limita a restablecer al quejoso en el pleno goce de la garantía individual violada, sin hacer declaración general sobre la ley o acto de autoridad que haya sido materia del juicio de garantías.*

---

<sup>108</sup> López y Conde, Javier, "Garantías individuales, algunas reflexiones", *Revista Jurídica, Nueva época*, Villahermosa, Tabasco, México, No. 8, diciembre, 1996.

Ante la violación de las garantías individuales, primero habría que tomar en consideración cuáles son las garantías constitucionales y, posteriormente, dilucidar cómo y por qué pueden violarse gravemente los derechos fundamentales de los individuos, los derechos que soportan y reafirman los atributos de los seres humanos, es decir, aquellos con especial referencia a la dignidad y calidad destacada de los seres racionales.

En este sentido, Juventino Castro<sup>109</sup> asevera, que el verdadero concepto técnico y jurídico es el de derechos públicos subjetivos, en contraste con los derechos privados. Aquéllos nacen con el individuo, y por el simple hecho de existir. Los segundos se heredan, se adquieren o se adjudican, partiendo de una situación concreta, y pueden perderse o transmitirse también en virtud de circunstancias igualmente determinables. Los primeros son congénitos e inalienables; los segundos adquiribles y negociables.

Los derechos esenciales están mencionados en los veintinueve primeros artículos de nuestra constitución, y otra es la garantía de ellos, que está prevista en los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se ha bautizado como juicio de amparo. Una es la facultad y otro el aseguramiento de su respeto y ejercicio.

Cuando las autoridades no respetan, sino que por el contrario ignoran los derechos fundamentales que otorga la constitución -por acción o por omisión-, de acuerdo con la terminología, existe lo que llamamos una violación de garantías, que no es más que la declaración de que una autoridad no ajustó sus actos o sus conductas a las disposiciones constitucionales, y que éstas no deben obedecerse.

---

<sup>109</sup> Castro, Juventino, V. *Garantías y amparo*, Decimosegunda edición, México, ed. Porrúa, 2002, paráfrasis, pp. 268-280.



---

Por ello, se ha dicho con frecuencia que el amparo no es un juicio de responsabilidades, sino únicamente una evaluación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos de una autoridad. El amparo se limita, cuando la acción es procedente y fundada, a la anulación del acto y a la restitución al quejoso en el pleno disfrute de sus garantías constitucionales, y es precisamente en el marco de la protección constitucional en que se inscribe la justificación de las decisiones judiciales; sin embargo, los tribunales dejan de lado otro tipo de concepciones, que si bien no entran en el código conforme a Derecho/no conforme a Derecho, y que por ello, son excluidas al momento de resolver, en este aspecto se ahondará más en el capítulo III.

#### *A. La garantía de seguridad jurídica*

La palabra seguridad proviene de *securitas*, la cual deriva del adjetivo *securus* (*de secura*) que, en su sentido más general, significa estar libre de cuidados. En sentido amplio, la palabra seguridad implica la situación de estar seguro frente a un peligro. Así, el concepto de seguridad varía según sea el tipo de peligro con el cual se relaciona.

En la vida social, el hombre necesita, por una parte, tener la seguridad de que los demás respetarán sus bienes y, por otra, saber como ha de comportarse respecto de los bienes de los demás. Esta seguridad referente a las relaciones con los semejantes es la que puede denominarse seguridad jurídica.

Antonio Enrique Pérez Luño, en su artículo titulado "La seguridad jurídica: Una garantía del Derecho y la justicia"<sup>110</sup> afirma, que la seguridad en cuanto valor jurídico no es algo que se dé espontáneamente, y con idéntico sentido e

---

<sup>110</sup> Pérez Luño, Antonio-Enrique, "La seguridad jurídica: una garantía del Derecho y la justicia", *Boletín de la Facultad de Derecho*, Madrid, España, Segunda Epoca, 2000, No. 15, paráfrasis.

intensidad, en los distintos sistemas de normas. Su función y alcance dependerá de las luchas políticas y las vicisitudes culturales de cada tipo de sociedad.

En este sentido asevera, que la seguridad por inmediata influencia de la Filosofía Contractualista e Iluminista se convertirá en un presupuesto y función indispensable de los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho y todo Estado conforma, por mera existencia, sistemas de seguridad jurídica. Pero esta aceptación sociológica y empírica de la seguridad no es la que se compagina con la idea del Estado de Derecho.

Asimismo, continúa refiriendo que en el Estado de Derecho, la seguridad jurídica asume unos perfiles como: presupuesto del Derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquélla que dimana de los derechos fundamentales; es decir, fundamenta el entero orden constitucional y asegura la realización de las libertades. Con ello, la seguridad jurídica no sólo se inmuniza frente al riesgo de su manipulación, sino que se convierte en un valor jurídico ineludible para el logro de los restantes valores constitucionales.

La seguridad jurídica es un valor estrechamente ligado a los del Estado de Derecho, que se concreta en exigencias objetivas de: corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y, especialmente, por los órganos encargados de su aplicación). Junto a esa dimensión objetiva, la seguridad jurídica se presenta en su acepción subjetiva encarnada por la certeza del Derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva.

La certeza de Derecho supone la faceta subjetiva de la seguridad jurídica, se presenta como la proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. Para ello, se requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus

destinatarios. La certeza representa la otra cara de la seguridad objetiva: Su reflejo en la conducta de los sujetos del Derecho.

La cosa juzgada, que actúa como verdad jurídica, responde a diversas expectativas de seguridad jurídica: en primer lugar, a la confianza de los sujetos que exigen tener la certidumbre de que la decisión tiene existencia duradera; en segundo lugar a la exigencia de la comunidad jurídica de que, a partir de un determinado momento y por motivos de paz jurídica se ponga fin a la duda y la lucha por el Derecho que se busca en todo asunto concreto.<sup>111</sup>

En el ordenamiento jurídico mexicano, la seguridad jurídica está contemplada como una garantía individual, en donde el Estado en ejercicio del poder de imperio de que es titular como entidad jurídica y política suprema con substantividad propia, desempeña dicho poder sobre y frente a los gobernados por conducto de sus autoridades.

En este sentido, todo acto de autoridad emanado por esencia del Estado y desempeñado por los diversos órganos autoritarios creados por el sistema jurídico, tiene como objetivo implícito la imposición a los gobernados, creándose necesariamente una afectación a los sujetos de Derecho.

---

<sup>111</sup> *Idem*, paráfrasis.

"Al promediar nuestro siglo era frecuentemente aludir a dos tipos de amenazas contra la seguridad jurídica: las teóricas representadas por algunos continuadores del movimiento de Derecho libre así como por las concepciones jurídicas de los sistemas totalitarios nazi soviético; y las fácticas que procedían de la pérdida de claridad y sencillez de las leyes y, de forma especial, por su profusión que desemboca en la hipertrofia legislativa, producida por Estado convertido en máquina de hacer leyes. En años sucesivos las amenazas teóricas han cambiado de signo, mientras que las fácticas se han multiplicado.

Ha sido en terreno de los hechos desde donde, sin resquicio a duda, se han perpetrado los ataques mas implacables al valor jurídico de la seguridad.

La inflación normativa se ha visto acompañada del grave menoscabo de la propia estructura formal de las normas legales. La certeza del Derecho, en cuanto posibilidad real de sus destinatarios de conocer y cumplir sus prescripciones se ha resentido sus prescripciones, se ha resentido del aluvión normativo y de su continua modificación, pero en grado no menor de la prolijidad y equivocidad de lenguaje en el que expresaba las disposiciones legales. En esas circunstancias no sólo los ciudadanos, sino incluso el mismo legislador y los juristas funcionarios administrativos, jueces o abogados tienen graves dificultades para conocer y aplicar el derecho."

Héctor Fix Zamudio,<sup>112</sup> arguye al respecto, lo siguiente:

*...las garantías de seguridad jurídica, implican el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el "summum" de sus derechos subjetivos.*

Es aquí donde el juicio de amparo entra a la escena del discurso político y jurídico, porque es el medio de control constitucional, que en una de sus facetas materializa el Estado de Derecho al someter la actuación de las autoridades a la vigilancia constitucional, con el objetivo de obtener el respeto a la carta magna y restituir al gobernado en el goce de las prerrogativas fundamentales que le confiere la norma fundamental ante las violación de garantías individuales infringidas por las autoridades.

Apuntado lo anterior, cabe precisar que en el Derecho Mexicano, el juicio de garantías constituye en la actualidad la última instancia de impugnación de la mayor parte de los procedimientos judiciales, administrativos y aún de carácter legislativo; por lo que, tutela todo el orden jurídico nacional contra las violaciones realizadas por cualquier autoridad, siempre que esas infracciones se traduzcan en una afectación actual, personal y directa a los derechos de una persona jurídica, sea individual o colectiva.

De esta forma, la certeza jurídica es protagonista de la estabilidad del Derecho, pues le da permanencia a los dogmas, valores y principios del sistema; sin embargo, para el correcto desenvolvimiento del aparato estatal es necesario, que los gobernados tengan la certidumbre del respeto de sus derechos cuando acuden a las instancias jurisdiccionales a deducirlos.

---

<sup>112</sup> Fix Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 60, p. 216.

---

Siendo la función jurisdiccional el mecanismo que otorga y asegura la certeza jurídica; cometido que se logra en el momento en que los tribunales imparten justicia dentro del concepto de lo *razonable y justificable con el mundo de lo concreto*, en miras a la reflexión profunda, que resulte en decisiones jurídicas fundadas, motivadas y enmarcadas en la justificación del Derecho como eficiente instrumento de aplicación del poder, en el sentido de respeto de los derechos fundamentales de los individuos y protección a los principios constitucionales, es que la labor judicial se torna justificable.

Los jueces en su práctica de aplicación del Derecho otorgan, sobre todo, prioridad al valor de la seguridad jurídica; lo sitúan muchas veces por encima de las posiciones morales y políticas. En las sociedades cuyo orden social está guiado por dicho valor, donde se supone que cada miembro de la sociedad conoce sus derechos y obligaciones y, donde hay mecanismos, para eliminar la indeterminación o la ambigüedad de las leyes, podemos apreciar la manifestación de valores, los cuales son identificables, para muchos juristas, con el entendimiento generalizado de "*la justicia*"; es decir, la previsión, la imparcialidad, la igualdad ante la ley, la ausencia de las actuaciones arbitrarias por parte de los jueces y de los órganos administrativos.

Si la formulación es precisa, sin expresiones abiertas, vagas; la función del juez se limita a transmitir la solución legal, según las características del caso particular, desde la regla general establecida por el legislador hasta la situación que exige la decisión judicial. En el caso extremo, para garantizar la seguridad jurídica de modo perfecto, deberíamos eliminar al juez y sustituirlo por un ordenador que cumpliera la función de administración de la justicia.

La Teoría Jurídica pone de manifiesto la diferenciación entre dos funciones básicas. Por un lado, el legislador transmite al juez la competencia para fijar la

decisión jurídica y, por otro, aparece la necesidad práctica para completar el contenido de la regulación jurídica.

El legislador sabe que es imposible regular estrictamente ciertas relaciones sociales que cambian constantemente y, por tanto, decide utilizar estos términos como un instrumento de norma específico que en el proceso de interpretación dará paso a la adecuación de las normas a su contexto funcional.

Es evidente que el legislador introduce las nociones del contenido variable en la regulación jurídica con el objetivo de crear explícitamente un ámbito de discreción o margen de maniobra en la tarea del órgano de aplicación del Derecho y que por esta vía hace el proceso judicial más elástico, permitiendo su individualización.

Podemos indicar que el legislador, independientemente de sus intenciones, tiene que tomar en consideración las características del lenguaje jurídico y prever las posibles interpretaciones de la regulación establecida. La interpretación de operación del juez ocurre cuando existen dudas sobre el significado de una regla jurídica y, por supuesto, en estos casos, la opinión *si lex clara est*<sup>113</sup> depende normalmente de las valoraciones del órgano que aplica la ley.

Concretando las consideraciones que hemos vertido acerca de la seguridad jurídica, en el plano de México, todas estas razones son las que se toman en cuenta por los juzgadores al momento de emitir sus resoluciones, baste ver la opinión de Walter Arellano Hobelsberger "La seguridad en el actual sistema jurisprudencial mexicano",<sup>114</sup> precisa que el artículo 14 constitucional<sup>115</sup>, hace

---

<sup>113</sup> Si la ley es clara.

<sup>114</sup> Arellano Hobelsberger, Walter, "La seguridad jurídica en el actual sistema jurisprudencial mexicano", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Distrito Federal, México, No. 10, 2002, paráfrasis.

<sup>115</sup> Artículo 14 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, nota 49.

"A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. "Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales

patente la garantía de legalidad jurisdiccional, no sólo por lo que hace a las sentencias definitivas, sino que por extensión, alcanza a todo tipo de resoluciones jurisdiccionales.

Refiere que la interpretación jurídica es el resultado de la actividad intelectual que resulta de la adecuación de la norma al caso concreto, que se lleva a cabo a través de distintos métodos que, aunque no los establece la ley, los ha desarrollado acuciosamente la doctrina, dentro de los cuales, encontramos los siguientes: interpretación gramatical, histórica, autentica, lógica, hermenéutica, progresiva, constitucional, legal, judicial y profesional.

De manera singular, reviste importancia la garantía de seguridad jurídica, que consagra en último párrafo 14 constitucional, pues de ella se desprende la certidumbre del gobernado para que se resuelva toda controversia que se plantee ante las autoridades jurisdiccionales.

Al efecto cita la definición de jurisprudencia de Eduardo J. Coutoure, la cual es definida en tres vertientes: 1. La ciencia del Derecho; 2. Interpretación y aplicación de las leyes hechas por los tribunales, y 3. Conjunto de decisiones de los tribunales sobre una materia determinada, emitidas con ocasión de los juicios sometidos a su resolución, los cuales, aún no teniendo fuerza obligatoria se imponen por el valor de persuasión de sus razones y de la autoridad del órgano del que emanen.

En lo que hace a la tercera definición, debe rescatarse la característica axiológica aportada por el procesalista en comentario, que destaca la eficacia de la

---

previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho."

jurisprudencia a virtud de las razones que se sustentan en las resoluciones, y por la autoridad de quien la emite. Las razones a que se alude, las entendemos como los argumentos lógicos y jurídicos que sustentan la perspectiva, en nuestro sistema jurídico mexicano corresponde a la motivación y fundamentación que debe observarse en el pronunciamiento de toda resolución jurisdiccional; en tanto que, al referirse a la autoridad de quien las emite, no hay duda de que hace alusión a la fuerza moral de las resoluciones, con motivo de la presunta calidad humana y profesional de quienes imparten justicia y están autorizados para sentar jurisprudencia, lo cual en el caso de México, implica un aspecto controvertido.

Por su naturaleza jurídica, en nuestro país, la jurisprudencia es una fuente formal del Derecho y, al mismo tiempo, es el medio a través del cual se cumple la garantía de la legalidad de carácter jurisdiccional, prevista en el último párrafo del numeral 14 de la constitución, porque con ella se interpreta la Carta Magna, los tratados, la ley, así como los reglamentos de manera reiterada, hasta hacerse obligatoria.

Así como, también de una adecuada interpretación de la constitución y de las leyes, es que la jurisprudencia realizada dentro de la racionalidad jurídica, otorga seguridad jurídica en el Estado de Derecho. En este sentido Hobelsberger<sup>116</sup> enfatiza la importancia de la jurisprudencia en los siguientes términos:

*Otorga seguridad jurídica al gobernado.*  
*Fomenta la certidumbre en la tarea cotidiana de resolver controversias.*  
*Garantiza la imparcialidad del juzgador.*  
*Busca la unificación de la interpretación jurídica.*  
*Aclara la ley cuando ésta es oscura.*  
*Fija el criterio jurídico a nivel nacional.*  
*Permite que prevalezca la objetividad en la interpretación jurídica de la ley.*

---

<sup>116</sup> Arellano Hobelsberger, Walter, *op. cit.*, nota 114.



---

*Facilita las tareas del juzgador y de los abogados postulantes en la interpretación de la ley.*

En la exposición anterior, observamos el análisis completamente positivista, que se tiene de la función jurisdiccional, lo que es de gran utilidad al momento de que encontramos sus inconsistencias con la verdad de facto, y no sólo la legal.

### **B. La garantía de legalidad**

El artículo 14, en sus tres párrafos finales, y el artículo 16 en su párrafo inicial, ambos preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen las más importantes leyes constitucionales de procedimientos, conocidas como garantía de legalidad, aunque también comprenden la garantía de audiencia y la garantía de la exacta aplicación de la ley.

En lo que toca al artículo 14 constitucional, los tres párrafos finales mencionados dicen:<sup>117</sup>

*Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.*

*En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.*

*En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.*

---

<sup>117</sup> Artículo 14 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, nota 49.

Por lo que se refiere al artículo 16 constitucional, su párrafo inicial dispone:<sup>118</sup>

*Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal de procedimiento.*

Es en atención a profundizar respecto de la garantía de legalidad, que se hace necesario señalar algunas de las características de la garantía de audiencia, para este supuesto retomamos las ideas de Juventino V. Castro en su obra *Garantías y Amparo*:<sup>119</sup>

- Titular de la garantía de audiencia: Cuando el segundo párrafo del artículo 14 constitucional afirma, que nadie podrá ser privado de determinados de derechos esenciales, sino ajustándose a ciertos requisitos, se expresa que el titular de la garantía puede ser todo sujeto gobernado sin distinción de nacionalidad, sexo, edad o condición. Estrictamente aún estando en el extranjero -provisional o permanentemente-, puede existir una violación de los derechos de tal persona sobre bienes ubicados en el país, lo que no le obstruye el derecho a reclamar las violaciones, inclusive por medio de apoderado.
- Acto de autoridad condicionado por la garantía: El acto de privación de derechos que lleva a cabo una autoridad, se traduce o puede consistir en una acción u omisión que signifiquen la disminución, menoscabo o merma de la esfera jurídica del gobernado; pero además, tal acto debe constituir el fin último, definitivo y natural de la desposesión o del despojo. Además debe demostrar el acto de aplicación.

---

<sup>118</sup> *Ibidem.*, artículo 16.

<sup>119</sup> Castro, Juventino, V., *op. cit.*, nota 109, paráfrasis, pp. 268-280.

- Derechos protegidos por la garantía: El artículo 14 constitucional prohíbe la privación de los derechos de los individuos, sin sujetarse las autoridades a los requisitos que la propia disposición señala, evidentemente la protección constitucional se refiere a la tenencia material de los bienes con el ánimo de poseerlos a título suficiente, sea ésta legítimo o ilegítimo, y no la simple ocupación de tales bienes.

Pero importa subrayar lo que con los anteriores conceptos ya resulta evidente, o sea que la garantía constitucional se otorga para el efecto de que los jueces federales hagan respetar la posesión como un derecho genérico, del cual no se puede privar a nadie, sino cumpliéndose con los requisitos constitucionales, pero sin convertirse en jueces ordinarios que tuvieren que dilucidar que la posesión es correcta o incorrecta.

- Tribunales que puedan privar de derechos: Este concepto a que se refiere el artículo 14 constitucional a los cuales enuncia como los *previamente establecidos*, no es más que una ratificación de lo dispuesto por el artículo 13 constitucional<sup>120</sup> en el sentido de que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales. Por lo tanto, es una referencia a los tribunales generales creados no para juzgar un caso o casos concretos, y que desaparecen al llenar las funciones específicas tenidas en cuenta al establecerse, o se apunta a los tribunales judiciales en general o que se reciban su competencia de un texto expreso de la constitución.

---

<sup>120</sup> Artículo 13 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, nota 49.

"Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda."

- Formalidades esenciales del procedimiento: Es en especial referencia al debido proceso legal. Sólo debe tenerse que, la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución, en sus artículos 159 y 160<sup>121</sup> señala las

---

<sup>121</sup> Artículo 159 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, nota 18.

"Artículo 159. En los juicios seguidos ante tribunales civiles, administrativos o del trabajo, se considerarán violadas las leyes del procedimiento y que se afectan las defensas del quejoso:

I.- Cuando no se le cite al juicio o se le cite en forma distinta de la prevenida por la ley;

II.- Cuando el quejoso haya sido mala o falsamente representado en el juicio de que se trate;

III.- Cuando no se le reciban las pruebas que legalmente haya ofrecido, o cuando no se reciban conforme a la ley;

IV.- Cuando se declare ilegalmente confeso al quejoso, a su representante o apoderado;

V.- Cuando se resuelva ilegalmente un incidente de nulidad;

VI.- Cuando no se le concedan los términos o prórrogas a que tuviere derecho con arreglo a la ley;

VII.- Cuando sin su culpa se reciban, sin su conocimiento, las pruebas ofrecidas por las otras partes, con excepción de las que fueren instrumentos públicos;

VIII.- Cuando no se le muestren algunos documentos o piezas de autos de manera que no pueda alegar sobre ellos;

IX.- Cuando se le desechen los recursos a que tuviere derecho con arreglo a la ley, respecto de providencias que afecten partes substanciales de procedimiento que produzcan indefensión, de acuerdo con las demás fracciones de este mismo artículo;

X.- Cuando el tribunal judicial, administrativo o del trabajo, continúe el procedimiento después de haberse promovido una competencia, o cuando el juez, magistrado o miembro de un tribunal del trabajo impedido o recusado, continúe conociendo del juicio, salvo los casos en que la ley lo faculte expresamente para proceder;

XI.- En los demás casos análogos a los de las fracciones que preceden, a juicio de la Suprema Corte de Justicia o de los Tribunales Colegiados de Circuito, según corresponda."

Artículo 160 de la *Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación: 24 de abril de 2006, ley publicada en el Diario Oficial de la Federación, el viernes 10 de enero de 1936.

"Artículo 160.- En los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso:

I.- Cuando no se le haga saber el motivo del procedimiento o la causa de la acusación y el nombre de su acusador particular si lo hubiere;

II.- Cuando no se le permita nombrar defensor, en la forma que determine la ley; cuando no se le facilite, en su caso, la lista de los defensores de oficio, o no se le haga saber el nombre del adscripto (sic) al juzgado o tribunal que conozca de la causa, si no tuviere quien lo defienda; cuando no se le facilite la manera de hacer saber su nombramiento al defensor designado; cuando se le impida comunicarse con él o que dicho defensor lo asista en alguna diligencia del proceso, o cuando, habiéndose negado a nombrar defensor, sin manifestar expresamente que se defenderá por sí mismo, no se le nombre de oficio;

III.- Cuando no se le caree con los testigos que hayan depuesto en su contra, si rindieran su declaración en el mismo lugar del juicio, y estando también el quejoso en él;

IV.- Cuando el juez no actúe con secretario o con testigos de asistencia, o cuando se practiquen diligencias en forma distinta de la prevenida por la ley;

V.- Cuando no se le cite para las diligencias que tenga derecho a presenciar o cuando sea citado en forma ilegal, siempre que por ello no comparezca; cuando no se le admita en el acto de la diligencia, o cuando se la (sic) coarten en ella los derechos que la ley le otorga;

VI.- Cuando no se le reciban las pruebas que ofrezca legalmente, o cuando no se reciban con arreglo a derecho;

violaciones a las leyes del procedimiento obligatorio para los tribunales civiles, administrativos, del trabajo y penales, no sin advertir que la última de las fracciones de ambos artículos, señala facultades a la Suprema Corte de Justicia de la Nación o a los tribunales colegiados de circuito para determinar casos análogos a los enunciados en tales disposiciones, extendiendo en esta forma el criterio protector para el respeto de las formalidades esenciales del procedimiento.

- La garantía de audiencia en actos administrativos: En los términos en los que se encuentra redactado el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, que habla de privaciones mediante juicios ante tribunales, y cumplimentando formalidades esenciales del procedimiento, se llega a la conclusión de que la garantía de audiencia es una garantía judicial, es decir, que debe de cumplimentarse dentro de un juicio.

---

VII.- Cuando se le desechen los recursos que tuviere conforme a la ley, respecto de providencias que afecten partes substanciales del procedimiento y produzcan indefensión, de acuerdo con las demás fracciones de este mismo artículo;

VIII.- Cuando no se le suministren los datos que necesite para su defensa;

IX.- Cuando no se celebre la audiencia pública a que se refiere el artículo 20, fracción VI, de la Constitución Federal, en que deba ser oído en defensa, para que se le juzgue;

X.- Cuando se celebre la audiencia de derecho sin la asistencia del Agente del Ministerio Público a quien corresponda formular la requisitoria; sin la del juez que deba fallar, o la del secretario o testigos de asistencia que deban autorizar el acto;

XI.- Cuando debiendo ser juzgado por un jurado, se le juzgue por otro tribunal;

XII.- Por no integrarse el jurado con el número de personas que determine la ley, o por negársele el ejercicio de los derechos que la misma le concede para la integración de aquél;

XIII.- Cuando se sometan a la decisión del jurado cuestiones de distinta índole de la que señale la ley;

XIV.- Cuando la sentencia se funde en la confesión del reo, si estuvo incomunicado antes de otorgarla, o si se obtuvo su declaración por medio de amenazas o de cualquiera otra coacción;

XV.- Cuando la sentencia se funde en alguna diligencia cuya nulidad establezca la ley expresamente;

XVI.- Cuando seguido el proceso por el delito determinado en el auto de formal prisión, el quejoso fuere sentenciado por diverso delito.

No se considerará que el delito es diverso cuando el que se exprese en la sentencia sólo difiera en grado del que haya sido materia del proceso ni cuando se refiera a los mismos hechos materiales que fueron objeto de la averiguación, siempre que, en este último caso, el Ministerio Público haya formulado conclusiones acusatorias cambiando la clasificación del delito hecha en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y el quejoso hubiese sido oído en defensa sobre la nueva clasificación, durante el juicio propiamente tal;

XVII.- En los demás casos análogos a los de las fracciones anteriores, a juicio de la Suprema Corte de Justicia o de los Tribunales Colegiados de Circuito, según corresponda."

- Momento en que debe otorgarse la garantía de audiencia: Este es un punto que no ha sido clarificado totalmente en las ejecutorias de los jueces federales. En algunos casos se resuelve que antes de privarse de un derecho a una persona, debe permitirse su defensa sobre una audiencia; entre otros casos, se afirma que basta con conceder la audiencia después de la declaratoria de privación de derechos, para permitir la defensa del desposeído, que si resulta eficaz motivará la revocación de la declaratoria de la autoridad que causó la inconformidad.

En el mismo tenor Juventino V. Castro<sup>122</sup> refiere, que el párrafo inicial del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, complementa el contenido de la garantía de legalidad, enunciando al efecto ciertas peculiaridades, que son:

- Concepto de molestia: La molestia, como contenido del acto de autoridad a que se refiere el artículo 16 constitucional, equivale a una simple perturbación a la persona, su familia, su domicilio, sus papeles o las posesiones de aquella. Son obstáculos al libre ejercicio de los derechos.
- Derechos protegidos por la garantía del artículo 16 constitucional: Llama la atención la distinta enumeración de los valores protegidos por el artículo 16 constitucional, en relación a los mencionados por el artículo 14 constitucional, aquél es de carácter más individualista, ya que si bien se refiere a la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, en el fondo, el punto de partida es la persona humana, y el resto de los señalamientos debe considerarse como meras extensiones de ella, partiéndose evidentemente del principio según el cual a la persona no se le debe definir en relación a su corporeidad física, sino a un serie de situaciones materiales o espirituales que le son tan necesarias al individuo como su integridad física, para realizarse socialmente.

---

<sup>122</sup> Castro, Juventino, V., *op. cit.*, nota 109, paráfrasis, pp. 268-280.

- 
- Motivación del mandamiento escrito de la autoridad: Tradicionalmente se ha entendido que la motivación de la causa legal del procedimiento, a la que se refiere el artículo 16 constitucional indica, que la situación jurídica concreta en que se encuentra la persona o sus extensiones, sea precisamente la que, en la forma abstracta alude o prevé la ley en que se funda la actuación de la autoridad. Es decir, que las circunstancias y modalidades del caso particular del gobernado, encuadren dentro del marco general establecido por la ley que aplica la autoridad dentro de su mandato escrito.
  - La causa legal del procedimiento: Esta es la fundamentación de la molestia, que debe basarse en una norma general que prevea la situación concreta, para la cual resulte procedente evaluar el acto de autoridad.
  - Autoridad competente para ordenar: El primer párrafo del artículo 16 constitucional menciona, que el mandamiento escrito debe provenir de una autoridad competente. Este concepto parece lógico y sin posibilidad de malos entendidos, ya que equivale a decir que el propio mandamiento debe provenir de una autoridad con facultades legales suficientes para dictar el proveído.

Respecto al principio de legalidad, José Alberto Garza Grimaldo, "Principio de legalidad y Estado de Derecho"<sup>123</sup> afirma que, en la ejecución del mismo se alcanza el Estado de Derecho, incluso en la discrecionalidad del poder, al efecto nos proporciona las técnicas jurídicas que estima son las que logran tal cometido:

*a) la supremacía de la constitución como ley fundamental; b) la distinción entre poder constituyente por una parte y poderes constituidos; c) la división orgánica y funcional de los poderes constituidos; d) la existencia de un Poder Judicial independiente como base del control de la legalidad; e) la designación por elección de los titulares del poder constituyente y de los poderes constituidos, mediante la competencia pacífica y normativamente regulada; f) la participación política y el reconocimiento*

---

<sup>123</sup> Garza Grimaldo, José Gilberto, *op. cit.*, nota 20, pp. 24-30.

*institucionalizado de la oposición; g) la legalidad administrativa; h) el control de la actividad de los órganos estatales y la gravitación de la opinión pública.*

En la misma línea de pensamiento podemos decir, que la aplicación de la ley no implica un mero acto de subsunción, puesto que, desde su creación pretende obedecer a la realización de los fines democráticos del Estado -o al menos con este discurso trabaja el Poder Judicial al momento de interpretar las leyes-. En este sentido, el acto racional del juez en la sentencia, no debe sólo darse en función del "*psicologismo*" del operador jurídico, sino que la no aplicación de la ley, sólo debe obedecer a circunstancias jurídicas de diversa índole, pero jamás al arbitrio del juzgador, entendido este último, no como facultad discrecional, sino como todo aquello que es ejercido en un abusivo manejo del poder, que no encuentra justificación con la realidad de las partes en el juicio.

García de Enterría Eduardo, "Principio de legalidad. Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas (sic) de la jurisprudencia de la constitución",<sup>124</sup> afirma en esta tesitura, lo siguiente:

*El principio de legalidad no mecaniza al juez, en efecto, pero es de observancia insoslayable. El "imperio de la ley", expresión jurídica del principio democrático, no podrá nunca ser excluido por consideraciones extra legales en el sistema constitucional. Una ley concreta podrá entenderse inaplicable por la eventual entrada en juego de otra ley, o por su derogación expresa o implícita, o por su reducción técnica a supuestos distintos, pero nunca porque el juez pueda erigirse en superior a ella, y desde cualquier valor, por eminente que sea, sino son los valores de la constitución o de otras leyes, pretenda erigirse en puerta de su efectividad. La efectividad de la ley no necesita del placer de los jueces.*

Es bueno advertir ante todo, que lo discrecional no requiere decir arbitrario. Aquélla supone una cierta independencia del juez respecto de la ley. Esta última es una independencia absoluta. También es necesario poner presente, que la

<sup>124</sup> García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 39, pp. 11-61.



discrecionalidad de juez (llamada por algunos, arbitrio judicial) no se limita a la medición de la pena, sino que abarca ante todo, el campo del juzgamiento de los hechos, y como se deja dicho su subsunción en la norma.<sup>125</sup>

*a.* La fundamentación y la motivación

En este tema es propicio el análisis del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>126</sup> que es del tenor literal siguiente:

*Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.*

Palomar de Miguel, Juan, *Diccionario para juristas*, nos proporciona un concepto de fundar y motivar:<sup>127</sup> Apoyar una cosa con motivos y razones eficaces o con discursos. Motivar: Dar causa o motivo para una cosa. Dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer una cosa. Mostrar el atractivo o interés de algo, para incitar un tipo de conducta.

En cuanto a la fundamentación indica:<sup>128</sup> Acción de expresar con precisión el precepto legal aplicable al caso. Garantía de fundamentación y motivación:<sup>129</sup> Aquélla que implica que la exigencia de las autoridades citen la ley y los preceptos de ella en que se apoyen. Motivación:<sup>130</sup> Expresión en las mismas de los fundamentos de su parte resolutive.

<sup>125</sup> Romero Soto, Luis E., "El principio de legalidad en el Estado Social de Derecho", *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, Colombia, Vol. XVI, No. 52, septiembre-diciembre de 1994, paráfrasis, pp. 13-24.

<sup>126</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, nota 49.

<sup>127</sup> Palomar de Miguel, Juan, *Diccionario para juristas*, t. I, México, ed. Porrúa, 2000, voz: fundar, p. 716.

<sup>128</sup> *Ibidem.* p. 715.

<sup>129</sup> *Ibidem.* p. 1025.

<sup>130</sup> *Idem.*

Concepto de fundamentación:<sup>131</sup> La fundamentación legal de la causa del procedimiento autoritario, de acuerdo con el "*espíritu del legislador*" de 1857, que permanece imbíbido en la constitución actual, consiste en que los actos que originen la molestia de que habla el artículo 16 constitucional, deben basarse en una disposición normativa general, es decir, que ésta prevea la situación concreta para la cual sea procedente realizar el acto de autoridad, que exista una ley que lo autorice.

La fundamentación legal de todo acto autoritario, que cause al gobernado una molestia en los bienes jurídicos a que se refiere el artículo 16 constitucional, no es sino una consecuencia directa del principio de legalidad, que consiste en que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite, principio que ha sido acogido por la jurisprudencia de la Suprema Corte<sup>132</sup>. Es más, conforme lo ha establecido el máximo tribunal del país, las autoridades deben gozar de facultades expresas para actuar, o sea, la permisión legal para desempeñar determinado acto de su incumbencia, no debe derivarse o presumirse mediante la inferencia de una atribución clara y precisa.

En efecto, la Suprema Corte ha afirmado, que las autoridades no tienen más facultades que las que la ley les otorga, pues de lo contrario, fácil sería suponer implícitas todas las necesidades para sostener actos que tendrían que ser arbitrarios por carecer de fundamento legal.<sup>133</sup>

La exigencia de fundar legalmente todo acto de molestia impone a las autoridades diversas obligaciones, que se traducen en las siguientes condiciones: a) Que el órgano del Estado del que tal acto provenga, está investido con facultades expresamente consignadas en la norma jurídica (ley o

<sup>131</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 92, paráfrasis, p. 602.

<sup>132</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, *op. cit.*, nota 32, Tesis 166, Compilación 1917-1975; Apéndice 1975, materia general, Apéndice al t. CXVIII, Quinta Época.

<sup>133</sup> *Ibidem.*, Quinta Época, t. XIII, p. 514

reglamento) para emitirlo; b) Que el propio acto se prevea en dicha norma; c) Que su sentido y alcance se ajusten a las disposiciones normativas que lo rijan, y d) Que el citado acto se contenga o derive de un mandamiento escrito, en cuyo texto se expresen los preceptos específicos que lo apoyen.

La motivación de la causa legal del procedimiento implica que, existiendo una norma jurídica, el caso o situación concretos, respecto de los que se pretende cometer el acto autoritario de molestia, sean aquéllos a los que alude la disposición legal fundatoria, esto es, el concepto de motivación empleado en el artículo 16 constitucional indica, que las circunstancias y modalidades del caso particular encuadren dentro del marco general correspondiente establecido por la ley.<sup>134</sup>

Toda facultad que la ley atribuye a una autoridad para desempeñar determinado acto frente al gobernado, tiene límites necesarios que se establecen en la propia norma jurídica y que demarcan la extensión del supuesto abstracto comprendido en ésta. Pues bien, si tal supuesto no corresponde al caso concreto, o sea, si ésta no encaja dentro de aquél, el acto de autoridad violaría la exigencia de la motivación legal, por más que estuviese previsto en una norma, es decir, aunque esté legalmente fundado.

La motivación legal implica, pues, la necesaria adecuación que debe hacer la autoridad entre la norma general fundatoria del acto de molestia y el caso específico en el que éste va a operar o surtir efectos. Sin dicha adecuación, se violaría, por ende, la citada subgarantía que, con la de fundamentación legal, integra la de legalidad.

Ahora bien, para adecuar una norma jurídica legal o reglamentaria al caso concreto donde vaya a operar el acto de molestia, la autoridad respectiva debe

---

<sup>134</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 92, paráfrasis, p. 604.

aducir los motivos que justifiquen la aplicación correspondiente; motivos que deben manifestarse en los hechos, circunstancias y modalidades objetivas del dicho caso, para que éste se encuadre dentro de los supuestos abstractos previstos normativamente. La mención de esos motivos debe formularse precisamente en el mandamiento escrito, con el objeto de que el afectado por el acto de molestia pueda conocerlos y estar en condiciones de producir su defensa.

Genáro Gongora Pimentel en *Introducción al estudio del juicio de amparo*<sup>135</sup> refiere respecto de los tópicos motivar y fundar, que el deber de motivar la sentencia y de fundarla, consiste en la exigencia para el juzgador de precisar los hechos en que se funde su decisión basándose en las pruebas practicadas en el proceso.

La motivación requiere que el juzgador analice y valore cada uno de los medios de prueba practicados en el proceso y basándose en tal análisis y valoración, determine los hechos que sirven de motivación a su resolución, hechos a los cuales habrán de aplicarse las normas correspondientes.<sup>136</sup>

Cárlos Báez Silva en "Las decisiones judiciales: Entre la motivación y la argumentación"<sup>137</sup> nos precisa, que el principio de legalidad consagrado en los artículos 8º, 14, 16 y 17 de la constitución federal<sup>138</sup> se concreta en la obligación de las autoridades de que actúen dentro del estricto marco legal de sus atribuciones.

---

<sup>135</sup> Góngora Pimentel, Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, Octava edición, México, ed. Porrúa, 2001, paráfrasis, p. 550.

<sup>136</sup> *Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, nota 18.

El principio de fundamentación y motivación, de la resolución judicial lo contempla el artículo 77, fracción II de la Ley de Amparo, al decir: Las sentencias que se dicten en los juicios de amparo deben contener: II. Los fundamentos legales en que se apoyen para sobreseer en el juicio, o bien para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado.

<sup>137</sup> Báez, Silva, Carlos, *op. cit.*, nota 53, paráfrasis, pp. 35-65.

<sup>138</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, nota 49.

---

Precisa, que los juzgadores federales están obligados a observar cabalmente el principio de legalidad, por tanto, deben motivar y fundamentar sus decisiones. En este aspecto, la fundamentación es la expresión precisa del precepto legal aplicable al caso, consiste en la obligación a cargo de la autoridad de citar los preceptos legales, sustantivos y adjetivos en que se apoya la determinación adoptada. Motivar, consiste en la obligación de precisar las razones por las cuales se ordena, se concede o se niega algo, a fin de que los interesados estén en posibilidad de hacer valer sus derechos como legalmente proceda.

Para dar cumplimiento al artículo 16 constitucional es necesario, que en el mandamiento escrito se expresen: a) Las disposiciones legales que se consideran aplicables al caso concreto; b) Las causas que provoquen la actividad de la autoridad, las cuales deben ser reales y ciertas, y c) La adecuación entre las causas aducidas y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas.

La decisión judicial reviste la forma de silogismo. Las decisiones jurídicas se deben justificar porque no son evidentes, pues carecen de certeza clara y perceptible y, por lo tanto, se toman en tres ámbitos distintos: el de la creación, el de la interpretación y el de la aplicación de normas de Derecho.

La aplicación de normas jurídicas presupone la interpretación de las mismas. Cualquier decisión jurídica en forma de silogismo, parte de la distinción entre el acto de decidir y la justificación de la decisión. No interesa el cómo, sino el por qué la decisión debe ser tomada y debe ser considerada correcta. En esto estriba la justificación de las decisiones judiciales.

La verificación de la corrección consistirá en el examen formal que se denomina justificación interna y atiende a las reglas de la Lógica Formal y la justificación externa es cuando sus premisas están calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación. El problema de la justificación de la decisión judicial radica en la justificación de las premisas con las que se construye el silogismo final, serán los valores los que se conviertan en el factor final de la decisión y de su justificación.

En el sentido apuntado, la obligación de fundar y motivar los actos de autoridad consiste: a) Desde el punto de vista formal, en la expresión de las normas legales aplicables y los hechos que hacen que el caso encaje en la hipótesis normativa, aquí se introduce la problemática de la prueba y b) Desde el punto de vista material o sustancial, en la manifestación clara del razonamiento sustancial al respecto: El establecimiento de las premisas, la subsunción de la norma al caso concreto y la derivación de las consecuencias.

La legitimidad es un principio de razón práctica, que hace de una relación de mando y de obediencia, una relación de Derecho sustentada en una convención entre quien manda y quien obedece. Los jueces al dar cabal cumplimiento al principio de legalidad establecido en el artículo 16 constitucional, están encuadrando su actuación al concepto de Estado de Derecho y creen convertirse en verdaderos regeneradores de la legitimidad del poder del Estado, así como en factores fundamentales de la validez del ordenamiento jurídico.

Igualmente al argumentar, los juzgadores creen recrean las bases o fuentes de la validez del orden jurídico; sin embargo, esto no acontece cuando actúan como meros aplicadores de leyes; sin razonar sus decisiones; con ello, contribuyen al descontrol y reducen la supuesta certeza jurídica. En este supuesto, la sentencia presupone la existencia de un monopolio de la violencia

legítima. La legitimidad de la decisión judicial es un asunto de justificación del ejercicio del poder en el caso concreto.<sup>139</sup>

En la materia de amparo, la fundamentación y motivación de las resoluciones, determinaciones o acuerdos y de sentencias, se ha establecido en la doctrina construida por los precedentes de estos tribunales, de manera extremadamente rígida, exigiéndose no sólo la cita de los preceptos legales y la motivación; es decir, la adecuación de los mismos al caso concreto, sino también, en caso de existir, la mención detallada de los incisos, subincisos y fracciones de los mismos y, aún más, también de los cuerpos legales y preceptos que otorgan competencia y facultades a las autoridades para emitir el acto en agravio del gobernado.<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> Al aseverar categóricamente que el Poder Judicial hace uso de la violencia legítima, significa que por ser un órgano del Estado, decide lo que es conforme a Derecho, maneja la distinción válido/inválido, nunca verdadero/no verdadero, pues no detentan las decisiones judiciales la <<inmutabilidad>> ni el saber absoluto, pero dado que los jueces y magistrados gozan de la facultad de imperio, la cual posibilita que sus decisiones judiciales tengan carácter vinculante, es que tienen monopolizado el empleo de la violencia, pues con una de sus determinaciones puede disponer de la maquinaria administrativa para hacer cumplir coactivamente su decisión, con todo lo cual, la legitimidad de su decisión sólo pueden sustraerla de su racionalidad, justificar su actuación y el empleo de su facultad de imperium es factible, dejando atrás las viejas formas arbitrarias con las que se resuelve.

<sup>140</sup> Góngora Pimentel, Genaro, *op. cit.*, nota 135, paráfrasis, pp. 550-552.

Véase "FUNDAMENTACION Y MOTIVACION. No basta que en una resolución se ordene a un particular abstenerse de ciertos actos, y realizar otros, junto con la cita de algunos preceptos legales, para que se estime que la resolución ha sido adecuadamente fundada y motivada, pues ello obligaría a los afectados a defenderse a base de hacer conjeturas sobre los razonamientos de hecho y de derecho que han servido de base a los actos de la autoridad. Y para que la garantía de debidas motivación y fundamentación se satisfaga, es necesario que en la resolución se expresen con claridad y precisión los hechos del caso y los argumentos legales que llevan a la autoridad a la conclusión de que debe ordenar cierta conducta, negativa o positiva, de los particulares, a fin de que éstos, con pleno conocimiento de los fundamentos de hecho y de derecho de la resolución reclamada, estén en plena aptitud de defenderse, si estiman que se les afecta ilegalmente en sus derechos. Tales resoluciones mal motivadas equivalen, mutatis mutandis, a una sentencia que contuviera la cita legal de preceptos y los puntos resolutivos, omitiendo los resultados y los considerados: la impugnación de tal sentencia tendría que hacerse a base de conjeturas, lo que es ilegal."

"FUNDAMENTACION. CARACTERISTICAS DEL ACTO DE AUTORIDAD CORRECTAMENTE FUNDADO. FORMALIDAD ESENCIAL DEL ACTO ES EL CARACTER CON QUE LA AUTORIDAD RESPECTIVA LO SUSCRIBE Y EL DISPOSITIVO (sic), ACUERDO O DECRETO QUE LE OTORQUE TAL LEGITIMACION. Para poder considerar un acto autoritario como correctamente fundado, es necesario que en él se citen: A) Los cuerpos legales y preceptos que se están aplicando al caso concreto, es decir los supuestos normativos en que encuadra la conducta del gobernado, que serán señalados con toda exactitud, precisándose los incisos, subincisos y fracciones. B) Los cuerpos legales y preceptos que otorgan competencia o facultades a las autoridades, para emitir el acto en agravio del gobernado. Ahora bien, siguiendo una secuencia lógica, este tribunal considera que la citación de los artículos que otorgan competencia, debe

### *3. La ley del juez y el juicio del legislador*

Luis Raigosa Sotelo, nos indica que el problema que se suscita entre el legislador y el juzgador, es la atención que el primero debe prestar a la perspectiva judicial al momento de emitir la ley, habida cuenta de la calidad dinámica del Derecho, que se presenta, en uno de sus modos como un diálogo entre los órganos Legislativos y Judicial. En mi opinión esta conversación se presta a una doble dirección, no solamente el legislador formula un lenguaje de normas en forma de ley, que tiene por destinatario al juez, sino también el juzgador construye un lenguaje de preceptos jurídicos paralelo, a través de sus sentencias, que deber tomando en cuenta por el legislador.

En el ejercicio de coparticipación entre poderes públicos, no es difícil aceptar que el Órgano Judicial inventa el Derecho, y que no aplica lo que ha establecido el Órgano Legislativo como tal en la ley, bajo la justificación de que en su opinión fundada y motivada ha interpretado correctamente la ley. Pero aunado a la problemática expuesta, el legislador también deba tomar en cuenta al momento de crear las leyes, la perspectiva del aplicador judicial, para reducir su margen de discrecionalidad en la interpretación. Esto no parece ser así, habida cuenta de que el legislador al incorporar demandas sociales al Derecho, es

---

realizarse también con toda exactitud, señalándose el inciso, subinciso y fracción o fracciones que establezcan las facultades que en el caso concreto, la autoridad está ejercitando al emitir el acto de poder en perjuicio del gobernado. En efecto, la garantía de fundamentación consagrada en el artículo 16 constitucional lleva implícita la idea de exactitud y precisión en la citación de los cuerpos legales, preceptos, incisos, subincisos y fracciones de los mismos que se están aplicando al particular en el caso concreto, y no es posible abrigar en la garantía individual comentada, ninguna clase de ambigüedad, o imprecisión, puesto que el objetivo de la misma primordialmente se constituye por una exacta individualización del acto autoritario, de acuerdo a la conducta realizada por el particular, la aplicación de las leyes a la misma y desde luego, la exacta citación de los preceptos competenciales, que permiten a las autoridades la emisión del acto de poder."

"FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución Federal todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que deben señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas."



impulsado ante todo, ya por un interés colectivo general o por un interés de alguno o varios grupos sociales específicos, no parece necesitar el punto de vista del órgano aplicador, pero debería incorporarlo para que en la aplicación de la ley no se dé un supuesto diferente al que se legisló.

En este punto, Raigosa Sotelo, precisa lo siguiente:

*En el proceso de diálogo entre poderes públicos, ha sido aceptado, entre otros, un principio fuerte que rige la tarea de interpretación judicial, especialmente desde la aparición de uno de los grandes fenómenos jurídicos decimonónicos, la codificación, y de soporte dogmático, la Escuela de la Exégesis; el de que quien crea la ley es el legislador, quien esta legitimado por vía del voto público, y que el juez, que no esta legitimado de esa manera, debe acatar las decisiones tomadas por el legislador, de manera que se convierte en algo así como un aplicador mecánico de la ley. La revisión de resoluciones judiciales nos llevaría a concluir que el juez de la cultura occidental tiende a comportarse con gran frecuencia como si atrás de la ley no se encuentra un legislador real, un legislador, digamos, histórico, que emitió la norma que esta interpretando.<sup>141</sup>*

La legislación y la jurisdicción producen normas jurídicas que no son más que etapas distintas del proceso de la creación del Derecho, que no pueden entenderse la una sin la otra. La norma general, se hace concreta mediante la decisión jurisdiccional y en determinadas condiciones, produce una nueva norma general que es la jurisprudencia, cuyo contenido no es idéntico al de la norma inicial, de lo contrario, resultaría innecesaria la jurisprudencia si sólo fuera la reiteración de una norma preexistente.

Una norma jurídica es una expresión lingüística prescriptiva dada por quien es reconocido para ello: "*...el contenido de la ley es el resultado de la expresión dada a la voluntad de una persona o grupo de personas que tienen poder para*

---

<sup>141</sup> Raigosa Sotelo, Luis, "La ley del juez y el juicio del legislador", *Crónica Legislativa*, Distrito Federal, México, Tercera Época, No. 3, octubre de 1998, pp. 31-38.

*producir algún tipo de daño a la persona o personas a quienes de esta manera se exige el acatamiento a la voluntad así expresada..."; no basta con la coercibilidad, se precisa la racionalidad de la norma, de la decisión.*<sup>142</sup>

Los elementos de la norma jurídica son: la voluntad proveída de fuerza y la disposición racional emanada de una autoridad legítima. En una situación en la que el reconocimiento interno del orden jurídico o de alguna de sus normas está ausente, los sujetos se regirán por el cálculo de comparación de las ventajas y desventajas que les acarrearía la observancia de tal o cual conducta, independientemente del juicio de valor que de la misma se pudiese hacer. Así, la justificación es esencial para la validez de las decisiones judiciales.

Los juristas somos educados bajo el supuesto de que nuestra función y la función de los jueces se limita a la subsunción de hechos probados en supuestos de normas preestablecidos por un legislador democrático y racional. Todo lo que no es mecánico está en la ley. La Teoría Exegética de la subsunción propone limitar la interpretación jurídica a una función eminentemente gramatical. El carácter mecánico de la interpretación la exime de lo discrecional y no deja margen alguno a la decisión judicial; por lo que, tiene un carácter de declaración, es decir, es un acto de conocimiento.<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup> Báez, Silva, Carlos, *op. cit.*, nota 53, paráfrasis, pp. 35-65.

<sup>143</sup> Gaxiola Moraila, Jorge, "Problemas y teorías de la interpretación judicial", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Distrito Federal, México, No. 10, 2002, paráfrasis.

"1. El Derecho no es una verdad a contemplar, es un medio al mismo tiempo insuficiente y necesario para reducir y solucionar los conflictos humanos y sociales, es un instrumento al servicio del hombre y ante él debe rendir cuentas.

2. La concepción dominante en nuestros días parte de la idea de que las soluciones justas e ideales, intrínsecamente necesarias, están vertidas exclusivamente en la legislación.

3. No habiendo discrecionalidad no hay responsabilidad ni compromiso ante el drama humano que el Derecho tiene que atender.

4. La explicación exegética es falsa al desconocer la presencia de la discrecionalidad judicial en la aplicación del Derecho.

5. La Escuela Realista Americana ha demostrado que detrás del mito exegeta, se esconden elementos empíricos que inciden en la determinación de los hechos, en la elección de la norma y de su interpretación.

6. Un modelo alternativo al realista asume el reto de analizar las posibilidades y formas para justificar o desacreditar diversas soluciones de aplicación del Derecho. El jurista se presenta como una persona que no

Hablar de un ordenamiento supone que las normas no están aisladas, sino que están conectadas por su pertenencia a un sistema estructurado. El concepto de estructura nos da a conocer una pluralidad de elementos y la configuración dinámica de una totalidad. Los sistemas jurídicos se caracterizan por su sentido ordenador según una serie de tipos funcionales. En este sentido, en el valor que posee, la previsión de las decisiones se liga a la certeza que produce en sus destinatarios, gracias a que alcanzamos autonomía para vivir en sociedad, procediendo una serie de interrogantes.<sup>144</sup>

---

puede limitarse a tomar una decisión correcta o sabia, sino que además tiene el deber de justificar explícita y racionalmente.

7. El problema de los modelos de interpretación y aplicación del derecho no quedan resueltos, ya que las técnicas de argumentación presuponen la discusión de conceptos de Derecho, de teorías de conocimiento y problemas de filosofía política."

<sup>144</sup> Garrido Gómez, María Isabel, "Creación judicial del Derecho y seguridad jurídica", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Valparaíso, Chile, No. 21, 2003, paráfrasis.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DESDE LA PERSPECTIVA DE RICCARDO GUASTINI. SU APLICACIÓN AL RAZONAMIENTO JUDICIAL DE LAS RESOLUCIONES EN EL JUICIO DE AMPARO EN MÉXICO

#### I. ANTECEDENTES DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

##### 1. *Antecedentes del razonamiento jurídico*<sup>145</sup>

El estudio del razonamiento entendido como la serie de conceptos encaminados a demostrar una cosa o a persuadir a oyentes o lectores,<sup>146</sup> podría tener su antecedente en los escritos de lógica del filósofo griego Aristóteles, quien distinguió dos tipos de razonamiento: El analítico y el dialéctico.

De acuerdo con Aristóteles, el razonamiento analítico es aquél que parte de premisas necesarias o verdaderas y que conduce, por medio de inferencias válidas, a conclusiones igualmente necesarias o verdaderas. Este tipo de razonamiento utiliza el silogismo riguroso de la lógica formal,<sup>147</sup> entendida esta última, como aquella parte de la filosofía que estudia los contenidos del pensamiento según su forma (idea, juicio, raciocinio) y sus relaciones (leyes lógicas).<sup>148</sup>

Por lo que atañe al razonamiento dialéctico, Aristóteles define la dialéctica como el arte que tiene por objeto enseñar a razonar metódicamente sobre toda

---

<sup>145</sup> Este apartado está conformado de diversas teorías de importancia para la interpretación y argumentación, el mismo es un apunte de un curso intitolado *Diplomado en Argumentación Jurídica*, impartido por la Academia Nacional de Argumentación y Epistemología (ANARGE), en el período comprendido del 2 de enero al 15 de diciembre del 2008, por el Maestro Salvador Maya Obé.

<sup>146</sup> Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21a. edición, Madrid, Editorial Espasa-Calpe, tomo II, 1992, p. 1732.

<sup>147</sup> Perelman, Ch., *La Lógica y la nueva Retórica*, traducción Luis Díez-Picazo, España, Civitas, 1988, paráfrasis, p. 9.

<sup>148</sup> Palomar de Miguel, Juan, *Diccionario para juristas*, t. I, México, ed. Porrúa, 2000, p. 933.

clase de objetos sirviéndose de proposiciones simplemente probables.<sup>149</sup> Como ejemplo de este tipo de razonamiento Aristóteles señala la tópica, la retórica y las refutaciones de los sofistas.

El razonamiento dialéctico, no pretende llevar a cabo demostraciones científicas, su propósito es dirigir deliberaciones y controversias, más aún es identificado como un mecanismo para persuadir y convencer mediante el discurso, para criticar la posición del opositor, así como para defender y justificar la propia con la ayuda de argumentos, es por ello que ha sido calificado por algunos doctrinarios, entre ellos, por Guido Fassó como la lógica propia del debate judicial.<sup>150</sup>

Posteriormente, la tarea de Aristóteles fue continuada por Cicerón, que se ocupó del tema en su obra *De inventione*, así como en sus *Tópicos*. De esta forma, el pensamiento del filósofo griego y del jurista romano, fue transmitido a los grandes jurisconsultos romanos, quienes dieron solución a problemas jurídicos a través de los métodos de la tópica, la dialéctica y la retórica. Es importante señalar que los glosadores y comentaristas en los siglos XIII y XIV continuaron con el uso de estos métodos, razón por la cual su aceptación y práctica se extendió durante el Medievo y el Renacimiento.<sup>151</sup>

Esta continuidad se vio interrumpida a mitad del siglo XV, por Thomas Hobbes ya que a través de su teoría filosófica y jurídica reduce la interpretación jurídica a la dimensión de análisis lingüísticos. En el mismo sentido se expresa

---

<sup>149</sup> Aristóteles, *Obras completas*, tomo IV, Argentina, Bibliográfica Omeba, Argentina, 1967, paráfrasis, p. 269.

<sup>150</sup> Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, traducción José F. Lorca Nafarrate, tomo III, Madrid, Pirámide, 1978, p. 282, citado por Patiño Álvarez, Aída Araceli, *Interpretación judicial. Antecedentes*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, paráfrasis, p. 2.

<sup>151</sup> Recaséns Siches, Luis, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, México, ed. Porrúa, 1973, paráfrasis, p. 161.

Guido Fassó<sup>152</sup> cuando refiere que para la filosofía de Hobbes los conceptos son palabras, el razonamiento es un cálculo formal cuyo fin es siempre práctico; la sociedad y la naturaleza son un mecanismo que debe explicar científicamente el funcionamiento, y la moral es el cálculo científico de los medios con que el hombre puede alcanzar mejor su propia conservación.

De ahí que esta visión del razonamiento como un cálculo formal haya influido en el pensamiento de los juristas del siglo XVII, quienes coinciden con la idea de que el universo y la naturaleza humana están escritos en caracteres matemáticos que el hombre debe aprender a descifrar, por eso, la evidencia no admite interpretación ni en las matemáticas ni en la moral, y lo que necesita interpretación no merece atención científica.<sup>153</sup>

En este orden de ideas, surge el movimiento codificador, donde el código representó la viva expresión del racionalismo, lo que trajo como consecuencia que la interpretación y la aplicación del Derecho se convirtieran en meras operaciones racionales. De esta forma, la tónica y las técnicas de la argumentación para persuadir, dejaron de ser los medios de resolución de casos concretos y el juez se convirtió en un lógico que realiza "un silogismo perfecto", que Beccaria que explica de la siguiente forma: "Pondráse (sic) como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia, la libertad o pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre."<sup>154</sup>

Toda vez que el objeto de la codificación era dar certeza al Derecho, se creía que el código se bastaba a sí mismo; por lo tanto, interpretarlo equivaldría a

---

<sup>152</sup> Fassó, Guido, *op. cit.*, nota 150, paráfrasis, p. 2.

<sup>153</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1993, paráfrasis, pp. 20-22.

<sup>154</sup> Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, tr. Juan Antonio de las Casas, Madrid, Alianza Editorial, p. 31, citado por Patiño Álvarez, Aída Araceli, *Interpretación judicial. Antecedentes*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, paráfrasis, p. 3.

corromperlo, razón por la cual, en Francia, el Decreto sobre Organización de Tribunales de Justicia, del año 1790, en el contexto de una concepción rigurosa de la división de poderes, estableció en el artículo 12 del título II, que el juez no estaba autorizado para dictar disposiciones y, además, le negó también la posibilidad de interpretar la ley. En caso de que el juzgador tuviese dudas y considerase necesario una interpretación, debía acudir al Poder Legislativo.<sup>155</sup>

De esta forma, durante los siglos XVII y XVIII predominó en materia de interpretación <el dogma de la razón>, tanto en el positivismo como en el iusnaturalismo. El ejemplo más claro de lo anterior, lo tenemos nuevamente en Francia, se trata del método seguido por la "escuela de la exégesis", que, a decir de Alf Ross<sup>156</sup> se puede resumir en dos ideas: a) Bajo una legislación codificada, toda decisión jurídica ha de apoyarse, directa o indirectamente, en la ley escrita, única fuente constitucional del Derecho y b) La conversión de reglas jurídicas en decisiones jurídicas tiene lugar mediante la aplicación de una lógica de deducción formal, que parte de ciertos conceptos jurídicos y sustantivos de carácter abstracto como elementos para la tarea de construcción jurídica.

No obstante lo anterior, en el siglo XVIII, el jurista italiano Vico en oposición a la lógica de tipo matemático y apoyado en las ideas de Cicerón, retomó el método retórico, así, en su obra *De nostri temporis studiorum ratione*, publicada en 1708, vuelve al concepto de jurisprudencia como *prudentia*, es decir, como la sabiduría de los casos particulares y no de los conceptos generales y abstractos.<sup>157</sup>

---

<sup>155</sup> Ross, Alf, *Teoría de las fuentes del Derecho. Una contribución a la Teoría del Derecho Positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, traducción Simón Muñoz de Baena y otros, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, paráfrasis, p. 90.

<sup>156</sup> *Idem*.

<sup>157</sup> Fassó, Guido, *op. cit.*, nota 150, paráfrasis, p. 4.

Ya en el siglo XIX, bajo el pensamiento del Estado liberal, el Derecho es considerado un fenómeno histórico y social que se manifiesta a través de la voluntad de los individuos y no como la cristalización de una razón abstracta, el regreso al método retórico, fue bien aceptado tanto por los seguidores del positivismo legalista, como por los que defendían la corriente historicista. En consecuencia, comenzó a abrirse paso la idea de que la interpretación es una actividad que consiste en descubrir el significado de una norma.

De ahí que los juristas del siglo XIX, hayan sostenido que el Derecho siempre ofrece una solución correcta mediante una búsqueda en la voluntad del legislador y, también, a través de la obtención de principios generales a partir del material jurídico positivo dado. Esta visión tuvo como consecuencia la aparición de los métodos de interpretación que, empleados a través de procedimientos lógicos, tienen por objeto conservar la figura técnica del juez.<sup>158</sup>

Así fue como se desarrolló la dogmática jurídica, que es la elaboración de conceptos jurídicos a través de un proceso de generalización y abstracción realizado sobre la base de las normas existentes en el Derecho Positivo. Esta nueva forma de construcción de la ciencia jurídica, surgida en Alemania, se le denominó jurisprudencia de conceptos, en alemán *begriffjurisprudenz*. La aparición de la jurisprudencia de conceptos, no fue afortunada para el tema que nos ocupa, ya que la interpretación se ajustó al modelo de la lógica formal a partir de construcciones científicas, lo que trajo como consecuencia que nuevamente se identificara al razonamiento jurídico con las matemáticas.<sup>159</sup>

Fue en los primeros lustros del siglo XX, que las corrientes antiformalistas -movimiento del Derecho Libre, Sociologismo y Realismo Americano-, mostraron su oposición a la interpretación lógica de las normas y a la construcción

<sup>158</sup> Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 153, paráfrasis, p. 29.

<sup>159</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 29-30.



sistemática de los conceptos, bajo la noción de que cada norma jurídica fue creada con un fin o motivo específico. Por otro lado, surgió en Alemania la jurisprudencia de intereses o *interessenjurisprudenz*, que representa la antítesis de la jurisprudencia de conceptos, ya que, postula sustituirla por el estudio de la valoración de la vida.<sup>160</sup>

La remisión a valores por parte la jurisprudencia de intereses, así como por otras corrientes en contra de las normas, rescataron a la interpretación de la conceptualización en la que se encontraba, para demostrar su dimensión práctica y de operación. La jurisprudencia de intereses entiende que la legitimación del Derecho Positivo sólo puede darse a través de la satisfacción de los intereses individuales, en atención a una consideración finalista del Derecho. En consecuencia, el Derecho dejó de ser considerado una norma formalmente enunciada, para ver en él, lo mismo normas que valores éticos y estipulaciones históricas, políticas y económicas, sin que por ello, las normas perdieran su carácter lógico.<sup>161</sup>

De ahí que a mediados del siglo pasado el destacado jurista italiano Emilio Betti, apoyado en las ideas de Heck, desarrolló una nueva concepción del Derecho alejada de posiciones idealistas y positivistas, que lo llevaron a ubicar la interpretación jurídica dentro de una teoría general de la interpretación. Este autor sostiene que la interpretación jurídica tiene dos momentos: el primero, denominado <cognoscitivo>, consiste en el reconocimiento del significado propio de la norma considerada en su abstracción y generalidad; sin embargo, en un segundo momento, afirma que el juez intérprete no puede quedarse sólo con el sentido originario de la norma, debe ir más allá, llevando a cabo una función

---

<sup>160</sup> Patiño Álvarez, Aída Araceli, *Interpretación judicial. Antecedentes*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, paráfrasis, p. 5.

<sup>161</sup> *Idem.*

<normativa>; es decir, debe especificar e integrar el precepto que interpreta, con la finalidad de obtener máximas de decisión y de acción práctica.<sup>162</sup>

El doctrinario español José Luis de los Mozos, traductor de la obra de Betti, comenta que el pensamiento del jurista italiano fue desarrollado con gran éxito por la doctrina alemana representada, principalmente, por K. Engisch, J. Esser, H. Welzel, E. Wolf, H. Coing, F. Wieacker logrando resultados sobresalientes en sus estudios de interpretación,<sup>163</sup> gracias a la magnífica aportación de Emilio Betti que, como podemos observar, preparó el camino y motivó futuras investigaciones en torno a la interpretación judicial al identificar en un sólo proceso de interpretación, dos momentos con objetivos y resultados independientes que se complementan en forma inescindible.

Los trabajos realizados por la doctrina, condujeron a que el juez, dejara de ser visto como un órgano político, sin embargo, aún persiste la imagen técnica y científica del juez que lo muestra tan vinculado como antes a la ley, pero sin ser su fiel sirviente, es decir, no obstante que éste debe someterse a lo prescrito por la ley, en el supuesto de no existir norma directamente aplicable al caso, le está permitido suplir las deficiencias de la ley, y generar la regla para el caso específico.

Por su parte, Alf Ross, considera que la interpretación es una actividad que correctamente realizada, conduce a una determinación objetiva e inequívoca del auténtico significado de la ley y a su aplicación a casos concretos. Ross, al igual que Emilio Betti, identifica dos niveles en el proceso de interpretación, el primero, consiste en determinar el verdadero sentido de las palabras de la ley abstracta;

---

<sup>162</sup> Betti, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, traducción José Luis de los Mozos, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1975, pp. 43-50, citado por Patiño Álvarez, Aída Araceli, *Interpretación judicial. Antecedentes*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, paráfrasis, p. 5.

<sup>163</sup> *Idem*, paráfrasis,

mientras que en el segundo debe llevarse a cabo lo que llama, la "transposición a lo concreto."

Alf Ross, sostiene que la concretización del Derecho no puede ubicarse en un proceso lógicamente objetivo, ya que entre lo abstracto y lo concreto existe una distancia que no puede ser superada a través de la lógica, es decir, que para concretar el Derecho el juez debe utilizar principios que no buscará en consideraciones de tipo político, psicológico o sociológico, sino exclusivamente dentro del mismo Derecho Positivo, ya sea en la ley o en el Derecho Consuetudinario. Estos principios de concreción se crean a través de la interpretación de los tribunales, administrativos o judiciales, y sólo por ellos, como autoridades competentes para la aplicación del Derecho según el sistema.<sup>164</sup> Cabe observar que la flexibilidad de Ross en cuanto a la interpretación se mueve en el terreno del neopositivismo jurídico, al conminar a los órganos encargados de impartir justicia a conducir sus decisiones siempre dentro del marco del Derecho Positivo vigente.

Situados aún en la primera mitad del siglo pasado, y bajo la convicción de que tanto la independencia como la sujeción a la ley son dos principios que no pueden escindirse cuando se trata de describir e identificar la actividad de los jueces,<sup>165</sup> los juristas de ese tiempo, se ocuparon del estudio de la lógica en la interpretación del Derecho, con una visión que reconoce que la idea de que el Derecho se agota en la norma, ha sido superada y que la lógica del Derecho, debe considerar también al proceso judicial a partir, como sugiere Perelman, no sólo de razonamientos demostrativos que tienden a ser correctos o incorrectos, sino a través de los argumentos y las razones que se dan a favor o en contra de una

<sup>164</sup> Ross, Alf, *op cit.*, nota 155, paráfrasis, pp. 403-406.

<sup>165</sup> Asís Roig, Rafael de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 82.

tesis, los cuales al ser más o menos fuertes, hacen variar la intensidad de la aprobación del auditorio.<sup>166</sup>

Esta posición fue sostenida y desarrollada en la segunda mitad del siglo XX por autores que están considerados como los precursores de la actual Teoría de la Argumentación Jurídica, y que tienen en común, el rechazo a la lógica formal de deducción, entre ellos se encuentran el doctrinario alemán Theodor Viehweg, que influido por el pensamiento del jurista italiano Vico, logró superar el enfrentamiento entre la jurisprudencia de conceptos y la jurisprudencia de intereses, a través del pensamiento por problemas o jurisprudencia de problemas, lo que a su vez le llevó a proponer la "tópica" como una técnica del pensamiento problemático en su obra *Topik und jurisprudez* publicada en 1953.

Por su parte Chaïm Perelman, a través de sus obras *La lógica jurídica y la nueva retórica* y *Tratado de la argumentación* en 1958, trajo de vuelta al terreno jurídico la retórica, y Stephen E. Toulmin jurista inglés, desarrolló la idea de la *lógica informal* en su obra *The uses of argument*, publicada también en 1958, mediante la cual propone sustituir el estudio de la lógica por el modelo jurídico matemático.<sup>167</sup>

En el mismo sentido se pronunció el jurista alemán Karl Engish que, basado en las ideas de Emilio Betti, sostiene en su obra *Introduzione al pensiero giuridico* publicada en 1970, que en la ciencia jurídica no es posible un sistema axiomático de conceptos como el que tiene lugar en las matemáticas, sin embargo, esto no significa que tenga que renunciarse a la idea de sistema. Este autor, habla de una lógica jurídica material, que se diferencia de la lógica de tipo matemático y

<sup>166</sup> Perelman, Ch., *op cit.*, nota 147, paráfrasis, pp. 144-145.

<sup>167</sup> Patiño Álvarez, Aída Araceli, *op cit.*, nota 160, p. 5.

propone identificarla como una lógica filosófica tendiente a dirigir el proceso que debe conducir a una solución aceptable y correcta de los problemas concretos.<sup>168</sup>

El pensamiento de estos autores, motivó nuevos estudios al respecto, tal es el caso del realizado por el jurista español Luis Recaséns Siches que, a través de su obra *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho* publicada en 1973, desarrolla una tesis que niega a la lógica formal cualquier lugar dentro del proceso de interpretación del Derecho, ya que considera que es un error trasladar la lógica matemática al campo de la interpretación del Derecho. Este autor, sostiene que la interpretación debe hacerse a través del "logos de lo humano o logos de lo razonable", de esta forma, cuando la lógica formal se muestra incapaz de proporcionar una solución correcta a un problema jurídico, o bien, conduce a una solución inaceptable, es necesario utilizar la razón aplicable al caso, ya que ésta puede ponernos en contacto con la solución correcta.

De igual modo surge la propuesta del filósofo alemán Hans-Georg Gadamer, que a partir de las ideas del también alemán M. Heidegger, desarrolló una tesis que ha sido considerada por algunos como una "Teoría General acerca de la Hermenéutica", a pesar de que él mismo ha desautorizado que su obra sea entendida así. Gadamer destaca su *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, donde propone una hermenéutica que cuestiona la totalidad de la existencia humana a través del esquema de la comprensión, entendida como aquel fenómeno que engloba toda la experiencia y autoconciencia que es capaz de asumir el existente humano, derivadamente de su apertura al mundo y enraizada en su condición de posibilidad finita.<sup>169</sup>

Hans-Georg Gadamer sostiene que interpretar normas es regular comportamientos y que, por tanto, el intérprete debe ser portador de toda la

<sup>168</sup> Recaséns Siches, Luis, *op cit.*, nota 151, pp. 121-122.

<sup>169</sup> Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, traducción Ana Agud Aparicio y Rafael Agapito de la, 4a. ed., Salamanca, Sígueme, 1988, p. 245.

problemática de lo real, histórico y concreto. Identifica el proceso de interpretación como un diálogo entre el intérprete y el texto que, a manera de un movimiento circular o círculo hermenéutico, no pretende reconstruir la intención originaria del legislador, sino renovar la efectividad histórica del texto que interpreta en atención a la nueva situación en la que se da la necesidad de interpretarlo.<sup>170</sup>

Dicho autor señala con énfasis que "la comprensión no es sólo un acto reproductivo, sino que también es un acto productivo (sic)",<sup>171</sup> en este orden de ideas, considera que la aplicación del Derecho es siempre una obra creativa, toda vez que la hermenéutica demuestra que la actividad de interpretación se hace desde la experiencia del intérprete y es éste quien le añade toda su comprensión al resultado de la interpretación.

Sugiere que la solución correcta de un caso no está en seguir con rigor los métodos de interpretación o descifrar la intención originaria del legislador; la interpretación debe entenderse como una labor de aproximación entre la norma general y la situación concreta en que se hace necesario actualizar el Derecho, lo que a su vez tiene como consecuencia que en materia de interpretación no pueda hablarse de verdad, sino de una construcción dialógica, consensual y procedimental de una nueva elaboración del texto que se interpreta.<sup>172</sup>

Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, han señalado, que "...aunque sea verdad que para establecer las premisas del argumento uno debe recurrir a veces a interpretaciones, decisiones y valoraciones, el razonamiento, es decir, el paso que conduce de las premisas a la conclusión, es -o más bien puede ser reconstruido como- una inferencia deductiva (sic)."<sup>173</sup> De acuerdo con las ideas

---

<sup>170</sup> *Idem.*

<sup>171</sup> *Idem.*

<sup>172</sup> *Idem.*

<sup>173</sup> Alchourrón, C. y Bulygin E., *Los límites de la Lógica y el razonamiento jurídico en análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 304, citado por Patiño Álvarez, Aída Araceli, *Interpretación judicial. Antecedentes*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, paráfrasis, p. 9.

expresadas se sugiere no dejar de prescindir del uso de la lógica dentro del proceso de interpretación y aplicación del Derecho, claro está, en el aspecto meramente estructural del discurso jurídico.

A finales de la década de los setenta se realizaron nuevos estudios en materia de interpretación. Por una parte, se encuentra el que efectuó el jurista inglés Neil MacCormick, en *Legal reasoning and legal theory* publicada en 1978 y, por otra, el que realizó el jurista alemán Robert Alexy, cuya obra, fuertemente influenciada por el pensamiento de Jürgen Habermas, fue publicada en el mismo año, *Theorie der juristischen argumentation. Die theorie des rationales diskurses als theorie der juristischen begründung*.<sup>174</sup>

Ambos autores han desarrollado, desde el punto de Manuel Atienza, concepciones que constituyen lo que podría denominarse la Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica actual que, en términos generales, parte de la idea de que las decisiones jurídicas deben ser y pueden ser justificadas, en oposición al determinismo metodológico, que sostiene que las decisiones no necesitan ser justificadas porque provienen de una autoridad, o bien, porque son puros actos de voluntad.<sup>175</sup>

En el mismo sentido, pero más reciente es el estudio de Aulis Aarnio que, de alguna manera, constituye un desarrollo de las tesis sostenidas por sus predecesores. La obra de Aarnio, *Lo racional como razonable* publicada en 1987, se basa en la nueva retórica de Perelman, la filosofía lingüística de Wittgenstein y en el pensamiento de Jürgen Habermas. La idea central del estudio de Aarnio, es la justificación de las decisiones de los tribunales -y en general de cualquier

<sup>174</sup> Patiño Álvarez, Aída Araceli, *op cit.*, nota 160, paráfrasis, p. 9.

<sup>175</sup> Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho*, México, Ariel, 2005, paráfrasis, pp. 24-25, 132.

autoridad-, como una exigencia de los ciudadanos del Estado moderno, de que los asuntos sean decididos justa y racionalmente.<sup>176</sup>

Para este autor, la interpretación es una conexión entre el lenguaje y la forma de vida de una sociedad, que no es algo que sea dado de una vez para siempre, sino que es algo que va cambiando con la historia, lo que da como resultado una variedad de *juegos del lenguaje*, que no son otra cosa sino argumentos cuyos contenidos deben obedecer, de acuerdo con la Teoría de la Interpretación Jurídica, a exigencias de "*racionalidad*" y de aceptación.<sup>177</sup>

---

<sup>176</sup> Patiño Álvarez, Aída Araceli, *op cit.*, nota 160, paráfrasis, p. 9.

<sup>177</sup> Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, traducción Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 13, 18 y 290.





## II. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA, SU APLICACIÓN AL RAZONAMIENTO JURISDICCIONAL EN EL JUICIO DE GARANTÍAS MEXICANO<sup>178</sup>

Una vez analizados los antecedentes de la interpretación judicial, en concreto del razonamiento jurídico, he elegido los modelos de interpretación que ofrece Riccardo Guastini, como elementos plausibles que pueden ser empleados en el razonamiento judicial, que serían una herramienta de gran ayuda para la interpretación, aplicando cada uno de sus modelos a la labor jurisdiccional.

### 1. *Concepción y problemática de la interpretación y su aplicación al juicio de amparo mexicano*

La interpretación es una actividad altamente cuestionada dentro de la disciplina jurídica, al efecto Guastini nos proporciona una definición.

*El vocablo interpretación denota a la actividad interpretativa (sic) o bien el resultado o producto de esa actividad (tipo de objeto sobre el que la actividad interpretativa (sic) versa).<sup>179</sup>*

La interpretación ha sido problemática a lo largo de su desarrollo, dando pauta a un gran número de teorías, la concepción de Guastini denota que lo primordial es el objeto a interpretar; en el caso del Derecho, la interpretación es una facultad conferida al Poder Judicial, el cual se ve enfrentado a la tarea de no variar el texto legislativo, contrato o todo aquello sometido a su jurisdicción; sin embargo, no ha logrado salir adelante de tal cometido, en cuyo caso se hace necesario el estudio de técnicas que le auxilien a la labor de interpretación.

---

<sup>178</sup> Guastini, Riccardo, *Estudio sobre la interpretación jurídica*, traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, ed. Porrúa, 2004.

<sup>179</sup> *Ibidem.*, p. 2.

De acuerdo con Guastini en el ámbito de discurso jurídico interpretar un hecho, significa incluir ese hecho dentro de cierta clase de hechos, o bien, subsumirlo en una norma, o incluso, calificarlo bajo el esquema de calificación que ofrece una norma para aplicarle así una consecuencia jurídica que esa norma prevé.<sup>180</sup>

De igual forma, implica interpretar un acontecimiento histórico o social, es decir, conjeturar una relación de causa y efecto entre un cierto hecho condicionante y un hecho condicionado. Por lo que, interpretar un texto es atribuir sentido o significado a determinado fragmento del lenguaje, siendo que por ello, la interpretación jurídica pertenece al género de la interpretación textual.<sup>181</sup>

El vocablo interpretación denota *grosso modo*, o bien la actividad de averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico, o bien, el resultado o producto de esa actividad: El significado mismo. Por su parte Guastini indica:

*La interpretación tiene como objeto normas (textos normativos), pero ese modo de hablar es incorrecto, desviante, si por "norma" se entiende no ya al texto normativo, sino el significado que contiene. En tal caso, la norma constituye no es objeto, sino el producto de la actividad interpretativa (sic).<sup>182</sup>*

En el caso de la jurisprudencia mexicana, cuando se realiza la interpretación de las normas jurídicas, en no pocas ocasiones, se desvía el verdadero sentido de la norma, ello producto de una incorrecta técnica de interpretación, en cuyo caso la declaración del derecho que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya no sólo interpreta una norma jurídica, sino que

---

<sup>180</sup> *Idem*, paráfrasis.

<sup>181</sup> *Idem*, paráfrasis.

<sup>182</sup> *Ibidem.*, p. 3.

en todo caso crea una nueva norma, distinta a la interpretada.<sup>183</sup> En este sentido, Guastini asevera lo siguiente:

*En sentido estricto, interpretación es la atribución de significado a una formulación normativa (sic) en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación. "Interpretación" significa: Decisión en torno al significado no de un texto cualquiera en cualquier circunstancia, sino (sólo) de un texto oscuro en una situación dudosa.<sup>184</sup>*

La interpretación es una actividad que se hace necesaria ante la presencia de textos oscuros en los que de su simple lectura no se desprende claridad, sin que sea factible derivar su pleno entendimiento y comprensión; en este sentido, es

---

<sup>183</sup> Un ejemplo de lo antes descrito es la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación realiza del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual dice lo siguiente: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho", de la lectura del artículo 14 constitucional, debe considerarse que éste consagra como uno de los derechos inalienables del gobernado, que durante la tramitación de un juicio se observen las formalidades esenciales del procedimiento, que son precisamente las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación, así las cosas, la Corte realiza la interpretación del artículo en comento de la siguiente manera: "FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento". Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado." Considero que de una lectura del artículo 14 Constitucional no se advierte que el mismo establezca de modo textual cuales son las formalidades esenciales del procedimiento, así que la interpretación de la Corte extiende los alcances normativos del numeral en cita, al establecer cuales son dichas formalidades, es precisamente en éste tipo de interpretación que el Poder Judicial no sólo explica una norma, sino que crea una nueva; puesto que no hay texto normativo alguno en el que se establezcan con claridad las formalidades esenciales del procedimiento. Puede ser que la interpretación que del texto constitucional satisfaga necesidades inmediatas de interpretación para un caso concreto, pero no para todos los casos, entonces la interpretación realizada, limita nuevos hechos que requerirán de una nueva interpretación, que en su caso, se adecue a las nuevas circunstancias, el problema es que se corre el riesgo que en tanto haya nuevas y variadas interpretaciones, se creen más lagunas legales que las inconsistencias que tenía la ley antes de ser interpretada." Tesis P./J. 47/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, diciembre de 1995, p. 133.

<sup>184</sup> Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 178, pp. 3-4.

que los operadores jurídicos realizan la labor de interpretación, en un intento de clarificar el sentido del texto incomprensible. Sin embargo, no debemos perder de vista, en estricto sentido, qué tipo de implicaciones tiene el acto de interpretar

A decir de Riccardo Guastini "*interpretación es la atribución de significado a una formulación <normativa> en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación*", bajo esta connotación, la interpretación es un elemento creador de Derecho, porque no sólo desentraña el texto, sino que le atribuye la significación de la cual carece por ser oscuro.

Entendida la interpretación en el sentido apuntado por Guastini, resulta peligrosa en circunstancias en las que se emplean técnicas de interpretación dudosas, como las que son frecuentemente empleadas por el Poder Judicial en la hermenéutica de textos legales, tal es el caso, cuando interpreta tratando de desentrañar de la norma el *espíritu del legislador*. En este tipo de dilucidación se busca el *verdadero* sentido de la norma, tratando de descubrir cuál fue el origen y significación que se le dio originalmente, siendo que es frecuente que la exposición de motivos de la ley no aluda en nada a la norma que se pretende interpretar; entonces se inventa el *espíritu de la ley*, creando una disposición completamente diferente a la interpretada.

La interpretación en un sentido amplio, se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una norma, independientemente de dudas o controversias. Cualquier decisión en torno al significado de un texto, no importa si es claro u oscuro, constituye interpretación, por ello, la interpretación es el presupuesto necesario de la aplicación.<sup>185</sup>

La interpretación se realiza en todos los actos de aprendizaje, se interpreta todo lo que se percibe del mundo externo para asignarle un significado, con

---

<sup>185</sup> *Ibidem.*, p. 5.

independencia de si resultan problemáticas las situaciones, sino para realizar representaciones mentales del mundo externo. Por ello, la interpretación de las normas jurídicas es una actividad que el juzgador realizará en todo momento, sean controvertibles o no las mismas, puesto que desde la selección dentro del ordenamiento jurídico, de los artículos que han de ser aplicables al caso concreto, que es sometido a su consideración, en la elección de las premisas; en todos estos supuestos necesariamente realiza una interpretación de las mismas, para realizar la discriminación de las que considere resultan aplicables a la solución de la controversia.

#### A. *Los tipos de formulaciones normativas*

Ante el complejo entramado de lo que la interpretación implica, Guastini proporciona bajo la concepción de <formulaciones normativas> las diferentes problemáticas a las que nos enfrentamos al momento de interpretar los textos legales, entre las cuales, distingue:

- a) *Formulaciones normativas cuyo sentido es claro y no controvertido... Formulaciones normativas cuyo significado es equívoco y despiertan perplejidad, y sólo esas requieren interpretación.*
- b) *Supuestos de hecho a los cuales una determinada norma se aplica de forma pacífica..., supuestos de hecho en los cuales la aplicación de una cierta norma es dudosa o controvertida.*
- c) *Supuestos de hecho que recaen en su campo de aplicación.*
- d) *Supuestos de hecho respecto de los cuales la aplicabilidad (sic) de la norma es incierta, discutible o discutida.<sup>186</sup>*

En la hermenéutica de textos legales, de acuerdo con lo descrito, sólo aquellos que implican vaguedad e imprecisión requieren de interpretación, pero la práctica judicial nos arroja que en cada caso los órganos jurisdiccionales para emitir una determinación realizan algún tipo de elucidación, aun cuando no se

---

<sup>186</sup> *Ibidem.*, pp. 6-7.

vean enfrentados a la problemática de textos imprecisos. Baste decir el hecho de la valoración de las pruebas, el juzgador realiza una labor de interpretación al discernir y atribuir valor a las mismas, por claras que sean; en este aspecto, tendríamos que ampliar lo que por esta disciplina asumimos; ya que los juzgadores interpretan en todo momento; sin importar si hay claridad o no en el objeto de lo que se pretende dilucidar.

Un aspecto importante en todo esto, es tomar en consideración la argumentación; ya que para Guastini *no se da verdadera interpretación sin argumentación: Una interpretación a favor de la que no se necesite aducir argumentos no es una verdadera interpretación.*

La argumentación juega un papel determinante al momento de *justificar* una sentencia; sin embargo, como se analizará en el capítulo III, la misma puede sernos de utilidad para justificar todo tipo de decisiones, precisamente ello, implica una de sus grandes deficiencias; atendiendo a tal situación es que la interpretación cobra primacía para elegir correctamente las premisas *verdaderas* y posteriormente argumentarlas, sólo como elemento accesorio a la decisión a la que se llegue.

Argumentar es un acto de lenguaje que sólo cabe efectuar en el contexto de un diálogo cuando aparece una duda o se pone en cuestión un enunciado, y aceptamos que el problema ha de resolverse por medios lingüísticos.<sup>187</sup>

La argumentación jurídica en el ámbito judicial es un requisito constitucional que complementa el principio de legalidad del que se deriva la seguridad necesaria para el desarrollo libre y democrático de una sociedad, pero también rinde servicio a la legitimidad del poder político, que también los jueces ejercen y a

---

<sup>187</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 3.

la validez del ordenamiento jurídico; por lo que su parcialidad y servicio a todo tipo de razones la hace peligrosa.

### B. El concepto restringido de la interpretación

La actividad de interpretación ha sido objeto de las más variadas teorías que intentan darle un cauce, lo cierto en ello, es que ante la multiplicidad de concepciones que de la misma se puedan dar, se identifican dos vertientes, que se pueden clasificar, primeramente bajo una "*concepción restringida de la interpretación*", y la otra, como una "*concepción amplia*". A este aspecto Guastini indica, que en cuanto a la primera de las mencionadas, es dejar de lado el componente volitivo o "*decisorio*" de operaciones doctrinales y jurisprudenciales, toda vez que existen fuentes claras (de significado pacífico) y fuentes oscuras (de significado dudoso). Sólo la atribución de significado a una fuente oscura requiere valoraciones, elecciones y decisiones, mientras que la atribución de significado a una fuente clara sería una actividad de conocimiento, para descubrir un significado preexistente en un cierto texto, y no para decidir que significado convenga a ese texto determinado.<sup>188</sup>

Dentro de la concepción restringida de la interpretación, las palabras tienen un significado intrínseco o propio, un significado independiente de los diversos modos de usar y entender las mismas palabras, preconstituidos a los modos de usarlas y entenderlas. Todos los que adoptan este método de interpretación comúnmente tienden a identificar textos legislativos y normas: Todo texto o fragmento de texto expresa una norma. Tal norma puede ser, según los casos, clara y precisa u oscura y vaga, pero siempre es una norma preexistente a la actividad de interpretación. La norma tiene como objeto normas.<sup>189</sup>

<sup>188</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 4.

<sup>189</sup> *Idem*, paráfrasis.



En este aspecto, se recalca el hecho de que en este tipo de interpretación, ya se empieza a vislumbrar la carga de valoración presente al momento de interpretar; intentando significar lo interpretado, el juzgador no puede dejar de lado todo el cúmulo de decisiones que se han de tomar para desdeñar ciertos elementos y lo más importante, por qué al interpretar se eligieron ciertas valoraciones y otras no ¿Qué lleva al juzgador a valorar en el sentido que lo hace?, ¿Por qué argumenta a favor de su decisión sólo empleando los elementos que fortalecen su decisión y no explica todos aquellos que desechó?. Al respecto, Guastini sostiene:

*...sólo la atribución de significado a una fuente oscura requiere valoraciones, elecciones y decisiones, mientras que la atribución de significado a una fuente clara sería una actividad cognoscitiva, para descubrir un significado preexistente en un cierto texto, y no para decidir que significado convenga a ese texto determinado.*<sup>190</sup>

La interpretación de un texto claro aparentemente no representa problemática alguna, sin embargo la elección de las premisas no deja de significar un obstáculo para el juzgador. En el caso del juicio de amparo, si el acto reclamado es la sentencia de una autoridad responsable, en la que no se realizó una adecuada interpretación de los hechos, pruebas, etcétera; estas cuestiones no estudiadas por la autoridad, para el caso del juicio de garantías, sólo serán materia de estudio como violación procesal; es decir, el juez sólo emprenderá el análisis de tales aspectos, si el quejoso controvierte los argumentos de la autoridad que los emitió (explicando cuál es la afectación y que ésta se encuentre probada en las constancias del juicio).

En el sentido apuntado, la problemática en esta forma de decidir radica en que los jueces y magistrados no emprenden el estudio de los hechos o pruebas que afectan al quejoso, si éste no los argumenta bajo las formas sacramentales

---

<sup>190</sup> *Ibidem.*, p. 7.

exigidas por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; no obstante que tales aspectos sean determinantes para el sentido del fallo y estén claramente probadas dichas violaciones procesales en constancias del juicio.

### C. El concepto amplio de la interpretación

Dentro de esta concepción encontramos que la teoría sostiene que la interpretación está inmersa dentro de las adscripciones lingüísticas del sujeto que realizar el acto de interpretar; sobre este aspecto, es menester analizar la postura de Riccardo Guastini, que indica:

*Atribuir un significado a un texto siempre requiere valoraciones, elecciones y decisiones. En ningún caso la interpretación puede ser representada como una actividad cognoscitiva porque no existe el significado propio de las palabras, las palabras sólo tienen el significado que les viene atribuido por quien las utiliza o por quien las interpreta, por tanto el significado es mutable, y cada decisión interpretativa (sic) es siempre, si bien en distinta medida, arbitraria.*<sup>191</sup>

De acuerdo con la anterior idea, la interpretación de suyo implica una gran problemática, porque en cada caso el intérprete realiza una elucidación de las cosas asignando un valor a las palabras, y dicha asignación viene inmersa de toda la carga de valoración y conocimiento que el juzgador tiene y que no puede desprenderse de ella; precisamente por tal situación debe ser en extremo cauteloso al momento de realizar la interpretación de normas, contratos, o cualesquiera otro elemento sometido a su consideración.

Si el juez es consciente del hecho de que no puede desprenderse de toda su carga cultural, voluntad, ética, etcétera, se encontrará ante el hecho de que es un ser que en cualquier momento fallará de acuerdo a sus principios morales, lo

---

<sup>191</sup> *Idem.*

que le puede restar imparcialidad a su decisión, porque decide con una venda sobre los ojos.

En la medida en que tenga claras tales limitaciones y no insista en que a toda costa es imparcial, se dará cuenta en qué medida puede mejorar y tomar decisiones lo más congruente con un método y no de forma visceral; lo cual se vea reflejado en sus resoluciones, en las cuales no sólo intente justificar las decisiones que tomó sólo mencionando los aspectos que le sirvieron para decidir en la forma en que lo hizo, sino también aquéllos que no empleó y *razonar* por qué no le sirvieron de base a su decisión y en qué medida influyeron para que los dejara fuera de su valoración; tratando de reducir lo arbitrario propio de los mecanismos que la ley le da para emitir su resolución.

De acuerdo con Guastini, claridad y oscuridad no son cualidades intrínsecas de un texto que preceda a la interpretación: son fruto de ella. Esto es así, porque sólo después de interpretado podrá decirse si es claro u oscuro, porque puede resultar claro para algunos y oscuro para otros. Es claro sólo si, sobre su significado los intérpretes concuerdan. Pero esto quiere decir que la supuesta claridad no es una propiedad del mismo, sino el producto de una decisión interpretada (o de más decisiones concordes).<sup>192</sup>

En este aspecto podemos sostener, que si como efectivamente Guastini lo asevera, la claridad y oscuridad de un texto sólo vienen dada como producto de su interpretación, ya que de suyo no es claro ni oscuro, sino sólo como resultado de lo que los demás interpretan y entienden del contenido del mismo, en esos términos, si la claridad u oscuridad de lo que se entiende, es dado por un consenso de intérpretes que lo califican; resultaría de gran valía que para que se esté en posibilidad de lograr una decisión de interpretación de consenso, nos auxiliemos de la razón comunicativa.

---

<sup>192</sup> *Ibidem*, paráfrasis, p. 8.

Habermas explica, cómo la razón comunicativa permite a los hablantes en la comunicación alcanzar decisiones de consenso; al efecto puntualiza lo siguiente:

*La razón comunicativa empieza distinguiéndose de la razón práctica porque ya no queda atribuida al actor particular o a un macrosujeto estatal-social. Es más bien el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida, el que hace posible a la razón comunicativa. Esta racionalidad viene representada en el telos que representa el entendimiento intersubjetivo y constituye un ensemble de condiciones posibilitantes a la vez que restrictivas. Quien se sirve de un lenguaje natural para entenderse con un destinatario acerca de algo en el mundo se ve obligado a adoptar una actitud realizativa y a comprometerse con determinadas suposiciones. Los participantes persiguen sin reservas sus fines ilocucionarios, ligan su acuerdo al reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez susceptibles de crítica y se muestran dispuestos a asumir las obligaciones relevantes para la secuencia de interacción que se siguen de un consenso...*<sup>193</sup>

Sólo como un paréntesis de lo que será analizado en el capítulo III, los elementos postulados por Jürgen Habermas en la *razón comunicativa* resultan de utilidad al momento de interpretar. En concreto, cuando nos encontramos en presencia de varios intérpretes de un mismo objeto de análisis, si todos ellos para llegar a una *racionalidad de consenso* y adoptan una "actitud realizativa", entendida la misma, como aquella en la que los participantes en la comunicación asumen un entendimiento intersubjetivo en el que todos se colocan en la posición del otro, se origina una multiplicidad de condiciones que posibilitan la comunicación, y a la vez, la restringen a condiciones de entendimiento.

En el sentido apuntado, cada uno de los participantes de la comunicación abandonan sus fines ilocucionarios, y persiguen el entendimiento para lograr un

<sup>193</sup> Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998, pp. 65 y 66.

consenso razonado acerca del objeto a interpretar. Por lo que, si en la interpretación se busca alcanzar un entendimiento entre los sujetos, se purifica el acto de interpretar, porque con independencia de la complejidad del objeto de la interpretación, el resultado será racional, toda vez que el proceso a través del cual se llega al consenso en la comunicación del objeto de su interpretación es de entendimiento, cuestión que racionaliza y justifica la forma de decidir a nivel judicial.

Las decisiones de interpretación que se adopten por consenso, no sólo requieren de adecuadas técnicas de interpretación, sino también que los sujetos estén dispuestos al diálogo, en uso de una actitud realizativa y receptiva a las posiciones contrarias en búsqueda de toma de decisiones colegiadas más que decisiones de mayoría.<sup>194</sup>

Quienes eligen este método de interpretación se inclinan a distinguir netamente entre textos legislativos y normas: Las normas son el significado de los textos, mientras que la interpretación tiene como objeto no ya las normas, sino los textos.

---

<sup>194</sup> En el Poder Judicial de la Federación en los tribunales colegiados de circuito, integrados por tres magistrados, una vez que cada uno de los ponentes estudia los asuntos que le han sido asignados para elaboración del proyecto de sentencia, los mismos se listan y se reparten entre ellos, a fin de que todos estudien los asuntos de los demás, acto continuo se celebra una sesión en la que los magistrados discuten la totalidad de los asuntos; es precisamente en este acto, que cobra aplicación la teoría de la "*acción comunicativa*", pues si los operadores jurídicos adoptan una actitud realizativa, están en posibilidad de alcanzar un consenso racional acerca de las decisiones judiciales que toman, desde la actividad interpretativa hasta la argumentación y fondo de la resolución del asunto. Ya que de lo contrario, considero que los órganos jurisdiccionales en los que los asuntos invariablemente se resuelven por mayoría se debe a una deficiencia en la comunicación, y por lo tanto, en el diálogo, o por el contrario en aquellos tribunales colegiados en los cuales los operadores jurídicos aprueban los proyectos de sentencia por unanimidad en todos los casos, siendo totalmente excepcional la emisión de un voto particular, también existe una deficiencia en la "*acción comunicativa*", puesto que no es posible que en todo momento siempre opinen en el mismo sentido y estén de acuerdo con el sentido de los asuntos de los demás, aquí más bien parecería que hay un consenso de respeto de no contrariar las decisiones tomadas en los asuntos de los demás magistrados ponentes, para que ellos a su vez concedan la misma actitud, cuestión que atenta completamente la impartición de justicia, pues de nada sirve que haya tres magistrados en un tribunal colegiado, si al final no se discuten a profundidad los asuntos y no se toman en cuenta las posturas a favor y en contra, que lejos de afectar, contribuirían al razonamiento y justificación de las decisiones que se tomen en las sentencias, claro está, siempre y cuando la discusión sea bajo las condición de la "*acción comunicativa*" de Habermas.

Por tanto, interpretar es decidir el significado de un texto legislativo. En consecuencia, interpretar es producir una norma, ya que las normas son producidas por los intérpretes.

#### **D. La interpretación versus aplicación**

El juez realiza tanto la actividad de interpretación como el acto de aplicación, no obstante que Guastini distinga estas actividades, enfatizando la primera como inherente al juzgador; lo cierto es, que efectúa ambas operaciones en su proceso de razonamiento judicial, toda vez que ante la multiplicidad de casos, algunos presentan circunstancias que no son exclusivamente normativas, en este sentido sería un acto de interpretación realizado por el juzgador.

Al respecto el autor en cita, comenta:

*Mientras el verbo interpretar concierne a cualquier sujeto, el verbo aplicar concierne sólo a aquellos sujetos que se desempeñan en órganos de aplicación: jueces y funcionarios administrativos.*

*La interpretación y aplicación son actividades que se ejercitan sobre objetos diferentes, la interpretación tiene como objeto textos normativos, mientras que la aplicación tienen por objeto normas en sentido estricto (entendidas como el contenido de sentido de los textos normativos).*

*El término aplicación si se refiere a órganos jurisdiccionales, designa un conjunto de operaciones que incluyen, junto a la interpretación, la calificación de un supuesto de hecho concreto, ya sea la decisión de una específica controversia.<sup>195</sup>*

A este respecto cabe destacar, que para que el juez llegue a la aplicación de la decisión judicial, no sólo realiza la interpretación, sino que también construye

---

<sup>195</sup> Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 178, pp. 9-10.

la hipótesis jurídica de solución, en la cual no sólo interpreta la norma sino que también la jurisprudencia, doctrina y todos los hechos del caso concreto.

En la elaboración de la hipótesis jurídica de solución, el operador jurídico debe tener presente que ya está superada la posición que defiende al silogismo jurídico de la lógica formal, como el método adecuado para la solución de las controversias judiciales. Este método fue implementado por Aristóteles, pero en nuestros días ya no tiene aplicación, pues para el juzgador existe la dificultad para seleccionar adecuadamente la premisa mayor, aunado a las contradicciones, lagunas, antinomias e interpretaciones jurisprudenciales. Asimismo, la norma jurídica tiene un lenguaje incorrecto o problemático, derivado de una deficiente técnica legislativa, entre otros conflictos.

Por ello, el método del silogismo jurídico queda inoperante en nuestros tiempos, ya no se puede sólo subsumir la norma al caso concreto, porque los casos tienen una multiplicidad de variables que impiden que únicamente se aplique la norma, toda vez que influyen una serie de aspectos que no siempre están legislados.

Es por tal razón, que en la elaboración de la hipótesis jurídica de solución contenida en las sentencias de amparo, no sólo se selecciona como premisa una sola norma que se subsumirá a la solución de un caso, sino todo lo contrario, la conformación de dicha hipótesis requiere de un trabajo de interpretación más laborioso, en el cual, el juzgador tendrá que interpretar diversos hechos, normas y fuentes del Derecho, para la solución del caso concreto.

## E. Las teorías de la interpretación jurídica

### a. La Teoría Cognitiva de la Interpretación

De acuerdo con esta teoría, la interpretación es una actividad de tipo cognoscitivo, interpretar es verificar empíricamente el significado objetivo de las disposiciones legales o la intención subjetiva de sus autores (típicamente la autoridad legislativa). Esto equivale a decir que los enunciados de los intérpretes ("el texto *T* significa *S*") son enunciados del discurso de la descripción; o sea, enunciados de los cuales puede comprobarse la veracidad o falsedad.<sup>196</sup>

Este modo de ver se funda sobre la creencia de que las palabras incorporan un significado *propio*, intrínseco, dependiente no del uso de ellas, sino de la relación *natural* entre palabra y realidad. Bajo esta concepción se entiende que el objeto de la interpretación es simplemente *descubrir* este significado objetivo o esta voluntad subjetiva, preexistentes. Que toda norma admite una, y sólo una, interpretación verdadera.

Bajo este pensamiento, se parte de la base de que todo sistema jurídico es necesariamente completo (sin lagunas) y coherente (sin antinomias), de modo que toda controversia cae siempre sobre el dominio de una norma preconstituida. Entendido así el ordenamiento jurídico, presupone que no hay espacio alguno para la discrecionalidad judicial; las decisiones de los jueces están determinadas exclusivamente por normas preexistentes.

En la actualidad, la Teoría Cognitiva de la Interpretación no tiene fundamentos para sostenerse y, paradójicamente, es frecuentemente empleada por el Poder Judicial de la Federación; una de sus problemáticas es que a través

---

<sup>196</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 13.



de la interpretación pretende extraer un *significado objetivo* del texto legal o la *intención subjetiva* de sus autores, para comprobar la *veracidad* o *falsedad* de lo dilucidado; en este aspecto debe decirse que, el juzgador al enfrentarse a la hermenéutica de la norma, no siempre se ve planteado a sólo extraer el significado intrínseco de las palabras que la conforman, sino que intenta clarificar lo que dicho texto dice. Pero la interpretación se hace en función del caso concreto sometido a su consideración, de lo que se advierte, que la interpretación de una disposición legal en concreto, sólo sirve al contexto dentro del cual lo interpreta y dicha interpretación no es útil para todos los casos que se tengan que resolver.

La interpretación en estas condiciones no podría intentar extraer el significado íntegro de las palabras que conforman los enunciados de la norma a interpretar, porque el juzgador interpreta las normas no sólo atendiendo al significado propio del enunciado objeto de tal actividad, sino atendiendo al contexto del caso donde se aplica la norma objeto de tal actividad. De otra manera si sólo tuviera que descubrir la realidad detrás de la interpretación del texto, no necesitaría interpretarla, de su simple lectura advertiría el significado, pero el hecho es que se ve enfrentado a situaciones más complejas.

En la labor jurisdiccional es frecuente que los operadores jurídicos interpreten de acuerdo a la "*Teoría Cognitiva*", en concreto cuando intentar extraer la *intención subjetiva* de los *autores* del texto a interpretar; tal es el caso de la "*intención del legislador*", donde el juez en análisis de una norma -que le causa problemas de justificación-, acude a la exposición de motivos de la misma e intenta extraer de ahí aspectos en los que la norma es omisa -la calificación de lo que se considera omisión es una evaluación que se realiza de acuerdo al arbitrio del juzgador-, intentado completar lo que no encuentra en el texto objeto de la interpretación, que le sirva para justificar su decisión. Pero al hacer esto, el juzgador no pretende clarificar o extraer el sentido de la norma, sólo utiliza aspectos de dicha exposición para adecuarlos al caso que estudia, y así justificar

la decisión que emite, pero en todo caso no resuelve la problemática del texto legal, la cual subyace.

La complicación de este tipo de interpretación es que al extraer elementos de la exposición de motivos que no están en la norma, de algún modo se está generando una variación de la misma, ya que son elementos que no forman parte de su contenido y son añadidos por el juzgador como si formaran parte de ella; por lo que, está creando una nueva norma, y justifica esta actividad aduciendo que no obstante que se allegue de conceptos no contenidos en la disposición legal, los mismos no son ajenos al mismo, toda vez que es válido hacer uso de ellos, porque los extrajo de dicha exposición, aunque la verdad subyacente en todo esto, es que sólo busca la manera de justificar la decisión que plasma en su sentencia, la cual no resuelve la problemática jurídica.

No obstante que bajo esta teoría se pretende que no haya espacio para la *discrecionalidad judicial*, lo cierto es, que si se considera que por la interpretación se extrae una *verdad* intrínseca de la norma jurídica, esto genera que el juzgador al momento de interpretar tenga un amplio margen para *argumentar su verdad*, la verdad que según él obra en constancias, la verdad que se extrae de las pruebas; esto, porque no puede desprenderse de la carga valorativa de principios morales que tiene en todo momento; entonces deberá buscar otro tipo de técnicas de interpretación, que consciente de estos aspectos, le permitan reducir su discrecionalidad y todo aquello que fuere arbitrario al momento de resolver.

Los principios de separación de poderes, principio de legalidad, certeza del Derecho, entre otros, son concepciones que forman parte de la semántica con la que funciona el Derecho; si bien es cierto, la Teoría Cognitiva de la Interpretación no funciona y está ligada con dichas acepciones, lo cierto es, que ello no equivale a desechar las concepciones sujetas a ella, toda vez que son canones con los que intenta funcionar la ciencia jurídica, aunque no lo logre; pero es necesario su

estudio para observar los elementos con los que trabajan los juzgadores, para entender lo que piensan, y analizar el contexto en el que justifican sus decisiones, y así estar en condiciones de entender cuáles elementos son los que no funcionan.

Hoy en día ya no se puede sostener que la solución de una controversia judicial admita una sola y verdadera interpretación del juzgador que la elabora, ya que no consiste únicamente en descubrir el significado en la norma, pues no está implícito en ella, pues ya lo decíamos en consideraciones anteriores, que no sólo se trata de la mera subsunción de la norma al caso concreto, se requiere de la elaboración de hipótesis de trabajo para proyectar una sentencia de amparo.

#### *b.* La Teoría Escéptica de la Interpretación

De acuerdo con esta teoría, la interpretación es una actividad no de conocimiento, sino de valoración y decisión. No existe el significado propio de las palabras; ya que toda palabra puede tener el significado que le ha incorporado el emisor, o el que le incorpora el que la usa, y la coincidencia entre uno y otro no está garantizada. Todo texto, según esta teoría, puede ser entendido en una pluralidad de modos diversos, y las diversas interpretaciones dependen de las distintas posturas de valoración de los intérpretes. No existe algo así como una *voluntad colectiva*.<sup>197</sup>

Los enunciados de interpretación ("*el texto "T" significa S*") no son ni verdaderos ni falsos. Las normas jurídicas no preexisten a la interpretación, sino que son su resultado, los sistemas jurídicos no son ni completos ni coherentes. Frente a una laguna o una antinomia, los jueces crean Derecho nuevo, tal como

---

<sup>197</sup> *Idem.*, paráfrasis.

los legisladores. La Teoría Escéptica es sostenida por las corrientes del realismo jurídico (americano, escandinavo, italiano).<sup>198</sup>

Esta teoría es más acorde con la problemática a la que de hecho se enfrentan los juzgadores, porque al momento de realizar la actividad de interpretación de textos jurídicos, de contratos o de todo aquello que sea objeto de su interpretación, se confrontan necesariamente al problema de solucionar el conflicto que se somete a su consideración,<sup>199</sup> dentro del cual están inmersos los diferentes elementos que las partes les exponen; las pruebas que ofrecen; los intereses en colisión; la incertidumbre de los hechos que ellos no conocen, sino sólo a través de lo que los litigantes le muestran; los derechos en juego; las inconsistencias y errores propios del ordenamiento jurídico; las presiones sociales; la exigencia de "*racionalidad*" en la decisión; la creación de derecho, así como las consideraciones de los jueces en las que con base en sus "*principios*" creen que deben prevalecer.

Todo ello provoca que busquen la forma de justificar su decisión a toda costa, sin importar si es conforme a una realidad social, perdiéndose del objetivo primordial, la *consistencia de las decisiones y la coherencia de lo que se les expone con lo que resuelven*; pero la contingencia del sistema mismo al que se ven enfrentados a trabajar y de la cual son parte, no debe ser impedimento para la búsqueda de elementos que hagan, por lo menos, que se aproximen lo más posible a una *racionalidad que logre evidenciar todo aquello que les resulta problemático*, para obligar al sistema mismo a buscar soluciones, y que en última instancia se reduzca la incertidumbre en la que se ven obligados a resolver y la contingencia de su decisión arroje los mínimos de respuestas correctas posibles.

---

<sup>198</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>199</sup> En este aspecto Luhmann asevera, que lo único que no es permitido a los tribunales es no decidir.

Si de acuerdo con esta postura escéptica de la interpretación, los juzgadores se ven obligados a crear nuevo Derecho, porque tal actividad no da margen sólo para realizar valoraciones atribuyendo significado a lo que se va a interpretar, si efectivamente estamos inscritos en esta lógica, no hay respuesta única, sino una multiplicidad de variedades de solución a un mismo caso. En este sentido, la contingencia aumenta y con ello la no certeza jurídica, pero en este aspecto, sería útil en análisis de la "*acción comunicativa*"<sup>200</sup> como un intento de lograr consenso en las interpretaciones para por lo menos, alcanzar consistencia y permanencia en los criterios, no sólo llegar a verdades legales que ya no se justifican.

### c. La Teoría Intermedia de la Interpretación

La interpretación es a veces una actividad de conocimiento y otras una actividad de decisión discrecional. Esta teoría subraya la irreducible *textura abierta* (es decir, la vaguedad, la indeterminación) de casi todos los textos legales. Puede ser difícil establecer si una determinada controversia recae o no bajo el dominio de una cierta norma. En el seno del significado de toda norma puede distinguirse un *núcleo esencial* luminoso, y una indefinida *zona de penumbra*.<sup>201</sup>

*Los jueces no ejercen discrecionalidad alguna cuando aplican una norma a los casos claros; ejercen discrecionalidad sólo cuando aplican (o niegan la aplicación de) una norma a los casos de penumbra. Es falso que las decisiones de los jueces sean siempre controladas por normas preconstituidas, sin márgenes de discrecionalidad; pero es igualmente falso que los jueces decidan discrecionalmente siempre y de cualquier modo.*<sup>202</sup>

Contrario a lo aseverado por Guastini, considero que los juzgadores en todo momento ejercen discrecionalidad al momento de decidir, no sólo en los casos

<sup>200</sup> Concepción de Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 193.

<sup>201</sup> Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 178, paráfrasis, p. 16.

<sup>202</sup> *Ibidem.*, p. 17.

difíciles, sino en cada uno de los que resuelven; toda vez que en cada razonamiento realizan una asignación de significado propia del lenguaje, incluso en los casos claros ejercen un margen de discrecionalidad, porque necesita hacer una preinterpretación del mundo para entenderlo.

En la medida en que efectúan esta operación ejercen algo arbitrario propio de su encargo, porque si el mismo asunto se lleva a diferentes juzgadores, es altamente probable que todos resolverían de distintas maneras, ya que la preinterpretación que cada uno de ellos realiza del mundo de la vida, encauza la manera en que solucionan.

El problema no sólo radica en la preinterpretación que del mundo hace el juzgador, sino del ordenamiento jurídico que le permite o le obliga a ejercer cierto margen de discrecionalidad; tal es el caso del artículo 73 de la Ley de Amparo, en su fracción XVIII<sup>203</sup> dispone que, el juicio de amparo es improcedente, entre otros supuestos, cuando la improcedencia derive de alguna otra disposición de ley de amparo.

En el supuesto del citado artículo, se da un gran margen de decisión al juzgador de estar en posibilidad de interpretar cualquier precepto de dicha ley en el sentido de encuadrarlo a la improcedencia del juicio de amparo, entonces este será desechado o sobreseído por el operador jurídico en una amplísima interpretación de una ley, sin que en la misma exista el supuesto concreto que el juzgador creará para justificar su decisión.<sup>204</sup>

---

<sup>203</sup> Artículo 73, fracción XVIII de la *Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación: 17 de abril de 2009, ley publicada en el Diario Oficial de la Federación, el viernes 10 de enero de 1936.

"Capítulo VIII. De los casos de improcedencia. Artículo 73. El juicio de amparo es improcedente:.. XVIII.- En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la ley. Las causales de improcedencia, en su caso, deberán ser examinadas de oficio."

<sup>204</sup> Véase *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tesis 2a. LXXXVI/99, Registro No. 193829, Novena Época, t. IX, junio de 1999, p. 373.

Según esta teoría, puede distinguirse entre *descubrir* el significado de una norma y *adscribirle* significado a la misma, el último supuesto acontece cuando el intérprete se mueve en el *área de penumbra*; es decir, cuando resuelve un caso dudoso. Por el contrario, el intérprete se limita a describir, o descubrir, el significado de un texto siempre que resuelve un caso claro. Cuando el significado cae en el ámbito del *núcleo esencial*, el enunciado de interpretación es verdadero; sin embargo, cuando cae en el área de penumbra, dicho enunciado no es verdadero o falso, porque es el resultado de una decisión discrecional.<sup>205</sup>

#### F. Variedad de juegos de la interpretación

En este punto del análisis, Guastini pone a discusión los intereses en conflicto dentro de una disputa legal, como aquellos elementos que dan eje al análisis, incluso más que el verdadero problema jurídico, las partes se preocupan más por lograr convencimiento en el juzgador. Al respecto, puntualiza:

*En particular la teoría cognitiva (como también la teoría intermedia) asume el punto de vista del juez "fiel a la ley". ¿Cuál es el verdadero significado de esta ley?, ¿Cuál es la verdadera intención del legislador?, los abogados no se preguntan cual es el "verdadero" significado de la ley o cual sería la "verdadera" intención del legislador. Se preguntan: ¿Cómo puedo yo interpretar o manipular las formulaciones normativas en vista de los objetivos de mi cliente?<sup>206</sup>*

---

"IMPROCEDENCIA. INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN XVIII DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE AMPARO. Esta fracción debe interpretarse en el sentido de que las causas de improcedencia del juicio de garantías que en forma enunciativa prevé, deben derivar necesariamente de cualquier mandamiento de la propia Ley de Amparo o de la Carta Magna, lo que de suyo implica que las diecisiete primeras fracciones del artículo 73 de la Ley de Amparo sólo establecen algunos de los supuestos de improcedencia del juicio de amparo, pero esos supuestos no son los únicos en que dicho juicio puede estimarse improcedente, pues existen otras causas claramente previstas en algunos de los preceptos de la Constitución Federal y de la propia Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales. Por tanto, no es exacto que exista imprecisión en torno de las causas de improcedencia que se prevén en esa fracción."

<sup>205</sup> Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 178, paráfrasis, p. 17.

<sup>206</sup> *Ibidem.*, pp. 18-19.

La interpretación también se enfrenta al obstáculo representado por los intereses en conflicto y por el auditorio al que se aplica, las partes en un proceso al igual que el juzgador, intentan justificar sus peticiones de acuerdo a los intereses que tienen en disputa, sólo persiguen sus fines ilocucionarios, lo cual dificulta la reducción de condiciones de incertidumbre al momento de resolver.

Pero si por un momento pudiéramos pensar en un auditorio que no persigue sólo sus intereses, sino la solución de conflicto en la mediación de los mismos, para la mayor ganancia de ambas partes; la comunicación entre las partes interactuantes tendría que dar un giro para lograr un entendimiento intersubjetivo, en este sentido, nos tendríamos que inscribir en un lenguaje orientado al entendimiento, donde los participantes, a través de la validez que pretenden para sus actos de habla, o bien se ponen de acuerdo, o bien constatan disentimientos en cuenta de común acuerdo.

Veamos lo señalado por Habermas, en su obra *Facticidad y Validez*, sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso:

*Con todo acto de habla se entablan pretensiones de validez susceptibles de crítica, se enderezan a un reconocimiento intersubjetivo. Incluso la más fugaz oferta contenida en un acto de habla, incluso las tomas de postura de afirmación o negación más convencionales, remiten a argumentos o razones potenciales y, por tanto, al auditorio idealmente ampliado de una comunidad ilimitada de comunicación, al que esos argumentos habrían de convencer para quedar justificados, es decir, para ser racionalmente aceptables.<sup>207</sup>*

Ante una falta de entendimiento entre las partes contendientes, los litigantes hacen uso de las más variadas formas de argumentación para lograr sus pretensiones, en este sentido, es que la Suprema Corte de Justicia de la Nación

<sup>207</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 193, pp. 80-81.



no ha sabido dar solución a tal circunstancia y en un intento ha adoptado posturas poco racionales para poner control a manera de reglas del juego entre las partes.

En especial referencia al juicio de amparo, cuando el peticionario de garantías no formula sus conceptos de violación bajo ciertas reglas sacramentales, los mismos no son objeto de estudio del órgano constitucional, so pretexto de que no existe *cause de pedir* en la que evidencien sus motivos de inconformidad. Es decir, si de los argumentos que formuló el quejoso no se advierten razonamientos en los que exprese lo que le afecta; pero no sólo eso, sino que la Corte va más allá, pidiendo que controvierta, es decir, que el quejoso no sólo explique lo que le perturba, sino que a la *forma judicial* muestre por qué tiene la razón.<sup>208</sup>

Todas estas circunstancias no están contenidas en la constitución y menos aún en la Ley de Amparo, son producto de la interpretación que de dichos ordenamientos legales, ha pronunciado la Suprema Corte, con lo cual pretexto el

---

<sup>208</sup> *Semanario Judicial de la Federación, op. cit.*, nota 32, Tesis I.4o.A. J/33, Registro No. 180929, Novena Época, t. XX, agosto de 2004, p. 1406.

"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. SON INOPERANTES SI NO SE REFIEREN A LA PRETENSIÓN Y A LA CAUSA DE PEDIR. Los conceptos de violación o agravios deben indefectiblemente encontrarse vinculados y relacionados con el contexto litigioso que se sometió a la jurisdicción ordinaria. Como antecedente conviene puntualizar el contenido de la frase "pretensión deducida en el juicio" o petitum al tenor de lo siguiente: a) La causa puede ser una conducta omitida o realizada ilegalmente, o bien, el acto ilícito que desconoce o viola un derecho subjetivo que es motivo de la demanda y determina la condena que se solicita al Juez que declare en su sentencia, es decir, es la exigencia de subordinación del interés ajeno al propio; b) La pretensión o petitum es la manifestación de voluntad de quien afirma ser titular de un derecho y reclama su realización; c) El efecto jurídico perseguido o pretendido con la acción intentada y la tutela que se reclama; y, d) El porqué del petitum es la causa petendi consistente en la razón y hechos que fundan la demanda. Así las cosas, los conceptos de violación o agravios deben referirse, en primer lugar, a la pretensión, esto es, al qué se reclama y, en segundo lugar, a la causa petendi o causa de pedir, que implica el porqué de la pretensión, incluyendo los fundamentos o razones y los hechos de la demanda, así como las pruebas (que son la base de lo debatido). La conexión o relación de estas últimas sólo debe darse con los hechos, que son determinantes y relevantes para efectos de la pretensión, en virtud de ser el único extremo que amerita y exige ser probado para el éxito de la acción deducida, tal como lo establecen los artículos 81 y 86 del Código Federal de Procedimientos Civiles. En tal orden de ideas, si la quejosa no señala la parte de las consideraciones de la sentencia que reclama, motivo de controversia, o se limita a realizar meras afirmaciones, bien sean generales e imprecisas o sin sustento o fundamento, es obvio que tales conceptos de violación son inoperantes y no pueden ser analizados bajo la premisa de que es menester que expresen la causa de pedir."

hecho de conocer a profundidad lo que se le plantea. Así que en esta variedad de juegos de la interpretación, se realiza una actividad manipulativa, más que de interpretación del Derecho.

## 2. Las técnicas de la interpretación y su aplicación al juicio de amparo mexicano

### A. La interpretación declarativa

Esta técnica de interpretación atribuye a las normas su significado *propio*. Esta definición no puede aceptarse, porque cada palabra es susceptible de usos diversos. Por interpretación literal o declarativa puede entenderse, grosso modo, la interpretación que atribuye a una disposición su significado "literal", es decir, el más inmediato -el significado *prima facie*- que se desprende del uso común de las palabras y de las reglas sintácticas.<sup>209</sup>

El significado literal es una variable que depende de la competencia y de la intuición lingüística de cada uno; es algo subjetivo. Se ha dicho también que los adjetivos *declarativa* y *literal*, hacen referencia al significado exactamente literal de la disposición interpretada. Al calificarla como *declarativa* se refiere al significado querido por el legislador.

Considero que esta técnica de interpretación no puede ser tomada con la misma seriedad como la que ofrecen otros tipos que iremos analizando; puesto que la intención del legislador es una ficción del Derecho, pues lograr determinar el elemento psicológico no es viable, al interpretar el juez debe tomar otros factores, como los sociales y todos aquellos elementos que son de relevancia en la interpretación y selección de la norma.<sup>210</sup>

<sup>209</sup> Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 178, paráfrasis, pp. 25-26.

<sup>210</sup> Véase *Semanario Judicial de la Federación*, *op. cit.*, nota 32, jurisprudencia por contradicción de tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del rubro: "PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD POR INCUMPLIMIENTO REITERADO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA, PREVISTA POR LA

Dentro de la interpretación declarativa se hace uso de diversos tipos de argumentos para justificar la interpretación que se ha hecho, dentro de los más recurrentes en la técnica en análisis, Guastini menciona cuatro, a saber: El argumento del lenguaje común, el argumento a contrario como argumento de interpretación, el argumento a contrario como argumento productor, y el argumento a contrario.

El *argumento del lenguaje común*, se refiere al significado ordinario (común) de las palabras y a las reglas gramaticales de la lengua usualmente aceptadas. En este sentido, toda expresión de uso común tiene un significado vago. Muchas expresiones de uso ordinario están sujetas a empleos diversos, y cada uno corresponde a un significado distinto (o, al menos, un diferente matiz de significado). Las propias reglas gramaticales son a veces muy elásticas. Las expresiones que forman parte del lenguaje de las fuentes no son reconducibles a un único tipo.

Dentro de este tipo de argumento, se identifican tres clases de expresiones, que son: a) Expresiones pertenecientes al lenguaje ordinario: Diccionarios de la

---

FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 444 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL”, en la ejecutoria respectiva se hace un extenso análisis respecto de la intención del legislador y la interpretación literal: “...Precisado lo anterior se pasa al análisis del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal. La fracción IV, del aludido precepto establece que es causal para decretarse la pérdida de la patria potestad. “El incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria”, fracción que ofrece la problemática de desentrañar que debe entenderse por la palabras “incumplimiento” y “reiterado” pues el legislador en ninguna parte de la exposición de motivos o de las discusiones habidas en la Asamblea Legislativa se ocupó por expresar cuál era el motivo real para cambiar la redacción de la anterior fracción, a la actual fracción IV del artículo en comento. Así, al acudir al Diccionario de la Lengua Española, editado por la Real Academia Española (4), encontramos que éste define: “Incumplimiento m. falta de cumplimiento.” “Incumplir. Tr. No llevar a efecto, dejar de cumplir. “Cumplir tr. Ejecutar, llevar a efecto. Cumplir un deber, un orden, un encargo, un deseo, una promesa” 2. Remediar a alguien y proveerle de lo que le falta... 4. intr., Hacer a alguien aquello que debe o a que está obligado” “Reiterado, d.a. p.p. de reiterar; adj. Dícese de lo que se hace o sucede repetidamente”. El vocablo “repetir”, conforme al mismo diccionario, significa “volver a hacer lo que se había hecho.” Y así continúa la tesis tratando de desentrañar el sentido literal de los conceptos en conflicto, lo cual no hace sino crear más confusión, porque resuelve con el diccionario un problema de alcances más grandes que atiende más a cuestiones sociales que a la respuesta que se pudiera encontrar sólo gramaticalmente.”

lengua, determinan varios significados alternativos para una misma expresión; b) Expresiones del lenguaje ordinario que, se han significado en el discurso jurídico y han adquirido un significado distinto del ordinario. El significado ordinario de estas expresiones no es deducible de los diccionarios de la lengua, sino de la normas, o del uso de los juristas, y c) Expresiones pertenecientes a un lenguaje técnico.<sup>211</sup>

En la interpretación judicial es habitual que los operadores jurídicos recurran a este tipo de argumento, pues comúnmente pretenden resolver problemáticas de significación de palabras extrayendo los significados de los diccionarios de la lengua; sin embargo, el problema del uso de este recurso, es la reducción de la problemática jurídica, con todas sus connotaciones, a la búsqueda de la solución únicamente en la definición que el diccionario pueda proporcionar y no en todo el contexto que rodea al caso concreto.

El *argumento a contrario como argumento de la interpretación*, se rige por la presunción de una perfecta correspondencia entre la intención del legislador y la norma. Esta forma de argumentar pretende excluir que a una determinada disposición normativa pueda atribuírsele un significado más amplio que el que se desprende de su interpretación literal.<sup>212</sup>

El *argumento a contrario como argumento como argumento productor*, muestra que se hace de un uso productor y no meramente de interpretación del argumento a contrario, cuando se sostiene que una disposición de la forma "si F1, entonces G" debe entenderse en el sentido de que "sólo si F1, entonces G", y por

<sup>211</sup> Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 178, paráfrasis, p. 27.

<sup>212</sup> En la interpretación literal para el juzgador es más fácil acudir a éste tipo de interpretación, pues no tiene que realizar toda la labor de investigación para conformar su premisa mayor o hipótesis de trabajo, sólo tiene que desentrañar el sentido literal de las palabras del legislador; no obstante debe estar consciente de la deficiente técnica legislativa que genera incoherencias en las normas jurídicas; por ello, no debería impartir justicia o por lo menos pretender deducir el derecho en base a este tipo de interpretación. Es necesario precisar que la interpretación literal, considero, sí sería de utilidad para el caso de los contratos, pues en estos supuestos se trata de desentrañar la voluntad de las partes, y se dirá el derecho en función a ello, además de que el juzgador está en posibilidad de dilucidar el caso sometido a su consideración con otros elementos de convicción que robustecerían la interpretación gramatical.

tanto, se excluye que la misma consecuencia jurídica G se produzca también en presencia de un distinto supuesto de hecho F2.<sup>213</sup>

Este modo de argumentar permite deducir, que a cada situación de hecho le encuadre perfectamente una norma, cuestión difícil de acontecer; ya que en la resolución de un asunto convergen distintos acontecimientos que vienen entrelazados entre sí, y es en función de las pruebas que van tomando un cauce legal. Por ello, al final nos encontramos que se generan redes semánticas de conceptos que necesitan el empleo de diversas hipótesis para llegar a una conclusión, y no siempre existe, la norma jurídica concreta que dé solución a cada conflicto; en este contexto, es difícil que este tipo de interpretación arroje resultados plausibles; sin embargo, si el operador jurídico se encuentra con una norma exactamente aplicable al hecho de que se trata, debe emplear esta técnica de interpretación para no crear vacíos legales donde la norma es perfectamente clara.

El *argumento a contrario*, es una técnica de argumentación e interpretación altamente empleada, toda vez que está muy difundida la idea de que el argumento a contrario es un poderoso instrumento para colar lagunas de Derecho.

Se razona más o menos así: Cada vez que el legislador dispone que a un determinado supuesto de hecho le corresponde una determinada consecuencia jurídica ("si F1, entonces G"), el legislador quiere decir que sólo a ese supuesto de hecho le corresponde esa consecuencia ("sólo si F1, entonces G"); por lo tanto a un supuesto de hecho distinto no le corresponde en absoluto esa consecuencia ("si F2, entonces no-G").<sup>214</sup>

<sup>213</sup> Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 178, paráfrasis, p. 29.

<sup>214</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 30.

Este punto de vista se funda sobre la idea de que, ahí donde la ley no dice nada no existe una laguna, sino una norma implícita de contenido opuesto al de la disposición que está interpretándose. Y éste es precisamente el uso productor del argumento a contrario.<sup>215</sup>

### **B. La interpretación correctora en general**

En esta técnica de interpretación hay una corrección de la voluntad legislativa. Se piensa que no existe algo como el significado propio de las palabras. Es correctora cualquier interpretación que atribuye a una norma no su significado literal más inmediato, sino un significado distinto. En general, la argumentación de la interpretación correctora se sostiene sobre argumentos que desacrediten la interpretación literal, concebida en esos términos, identifica tres tipos de argumentos para tal cometido.<sup>216</sup>

El primero de ellos es el *argumento lógico, psicológico o teleológico*, en el cual apela a la voluntad, a la intención o a los objetivos del legislador, en suma, a la *ratio legis*. El problema del empleo de este tipo de argumento es que el juzgador busca encontrar en las exposiciones de motivos o en los textos de las asambleas legislativas, el elemento volitivo del legislador al momento de emitir la norma, es una cuestión sumamente problemática porque como ya lo argumentaba en apartados anteriores, los textos a los cuales acude el juez para encontrar las *motivaciones del legislador* al momento de emitir el texto legal, no siempre recogen las discusiones del Congreso de la Unión y en las mismas se encuentran elementos que son genéricos; asimismo éstos al no estar en la norma no forman parte de ella, pero al emplearlos, y aún más, interpretarlos, bajo la perspectiva del operador jurídico, aplicado a su caso concreto, *genera un norma diferente manipulada como respuesta justificable al asunto que pretende resolver*.

<sup>215</sup> Considero que sigue siendo una laguna, porque el juzgador se encuentra ante la dificultad de realizar la actividad interpretativa, tendrá que colmar la omisión o silencio de la ley de acuerdo a su interpretación.

<sup>216</sup> Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 178, paráfrasis, pp. 31-32.

La segunda clase de argumento empleado en la interpretación correctora es el *argumento apagógico*<sup>217</sup>, el cual apela a la supuesta *racionalidad del legislador*, este argumento define que no debe atribuirse a un determinado texto legal su significado literal, porque así entendido, expresaría una norma absurda o daría lugar a resultados absurdos como fuese aplicada.

Este tipo de argumento presenta las mismas inconsistencias que los argumentos: lógico, psicológico o teleológico, porque ambos apelan a cuestiones subjetivas; ya que tanto la voluntad, como la intención, los objetivos y en suma la *racionalidad* del legislador, son cuestiones difíciles de extraer, porque al momento de legislar no emite una reflexión de estos aspectos de cada norma jurídica. Así es que la interpretación que se haga de las mismas, debe obedecer a todo el contexto del caso concreto, las circunstancias en que se gestó el conflicto, porque es más plausible desentrañar la voluntad, la intención, los objetivos y las razones de las partes en conflicto, que la del legislador.

Finalmente el *argumento naturalístico*, invoca a la naturaleza de las cosas, para desacreditar el significado literal de una norma, porque ya no se ajusta a la realidad. Este tipo de argumento, si bien otorga al intérprete un amplio margen de discrecionalidad, al tener que determinar en qué aspectos la norma jurídica ya no se ajusta a la *realidad*, también lo es que es de utilidad para el juzgador -en conjunción con otro tipo de técnicas de interpretación- dado que permite realizar una función correctora de la técnica legislativa, cuando el resultado de ésta -las normas-, no soluciona pragmáticamente el conflicto.

Sin embargo, tendría que advertirse al juzgador, que no sólo atienda a la construcción de la realidad jurídica que plasma en la sentencia, bajo el código de verdad fundado en lo que está contenido en las constancias del juicio. En cambio,

---

<sup>217</sup> *Ibidem.*, p. 32.

debe resolver con una visión en perspectiva de todos los elementos que le puedan servir para resolver, pues no debe olvidar que siempre resuelve en condiciones de incertidumbre porque no conoció los hechos concretos del caso sometido a su jurisdicción.

*a.* La interpretación extensiva

Esta es el primer tipo de interpretación correctora, extiende el significado *prima facie* de una disposición, incluyendo en su campo de aplicación supuestos de hecho que, según la interpretación literal, no entraría en él. La extensión del significado de una disposición tiende a confundirse con la formulación de una norma nueva. Los argumentos capaces de sostener una interpretación extensiva son el *argumento a simili o analógico* y el *argumento a fortiori*.<sup>218</sup>

El *argumento a simili o analógico*, se presenta así: La disposición D ("si F1; entonces G") conecta la consecuencia jurídica G al supuesto de hecho F1; por otro lado, el supuesto de hecho F2 se asemeja a F1, por lo que debe tener la misma consecuencia jurídica; así pues, la disposición D debe entenderse en el sentido de que la consecuencia G se aplica también al supuesto de hecho F2 ("Si F2, entonces G").<sup>219</sup> En este sentido, Guastini asevera lo siguiente:

*Debe haber semejanza, es decir, un rasgo común no accidental, sino esencial a los fines de su disciplina jurídica. Así como la previa identificación de su llamada ratio. Este argumento sirve para sostener ya no una tesis estrictamente interpretativa (sic), sino más bien la formulación de una nueva norma. El argumento a simili no es tanto un argumento interpretativo (de disposiciones preexistentes) cuanto, por el contrario, un argumento productor (de nuevo derecho).*<sup>220</sup>

<sup>218</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 34-39.

<sup>219</sup> *Ibidem.*, pp. 36-37.

<sup>220</sup> *Idem.*



El problema de este tipo de interpretación es que ningún caso jurídico es total y completamente igual a otro; otro inconveniente es que en el Derecho no existen las analogías, y no obstante ello, se pretende que cualquier elemento parecido en dos asuntos, los conecte a tal nivel que se pueda dar la misma respuesta a ambos, es muy difícil que sean completamente iguales, porque aunque sea la misma acción o prestaciones, las pruebas pueden variar, y en el momento en el que hay una variación en las condiciones de dos procesos, ya no sería posible darles la misma respuesta.

Sin embargo, en análisis de la posición contraria, también debemos de tomar en consideración que buscamos un método que reduzca la contingencia propia del "sistema derecho"<sup>221</sup>. Bajo esta óptica el juzgador al encontrar *similitudes sustanciales* en aspectos de dos o más asuntos sometidos a su jurisdicción, deberá dar la misma respuesta -si aplica- a todos, con el fin de dar consistencia a sus resoluciones, a casos iguales respuestas iguales.

Por su parte el *argumento a fortiori*, se presenta así: La disposición D ("si F1, entonces G") conecta la consecuencia jurídica G al supuesto de hecho F1; pero el supuesto de hecho F2 merece, con mayor razón, la misma consecuencia jurídica; así pues, la disposición D debe ser entendida en el sentido de que la consecuencia G debe también aplicarse al supuesto de hecho F2.<sup>222</sup>

Veamos lo que Guastini, sostiene:

*El argumento a fortiori no es ya un argumento interpretativo (de disposiciones preexistentes), sino más bien un argumento productor (de derecho nuevo). Con mayor razón es el aspecto que el argumento a fortiori comparte con el argumento a simili: ambos presuponen una conjetura en torno a la ratio legis, y se diferencian*

<sup>221</sup> Concepción de Luhmann, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, 2ª edición, trad. de Javier Torres Nafarrate, México, Herder, 2005.

<sup>222</sup> Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 178, paráfrasis, p. 38.

*en el hecho de que el primero no requiere presuponer la semejanza de los dos supuestos de hecho.*<sup>223</sup>

El argumento a fortiori parte de la premisa de que en el "sistema derecho", y por ende en el ordenamiento jurídico, no hay inconsistencias y lagunas, cuestión que no es real; ya que pretende extraer de "la pureza de la norma" la respuesta correcta, como si se tratara de una mera subsunción de la norma al caso concreto, para resolver todo conflicto jurídico; si esto efectivamente fuera así, los operadores jurídicos no se enfrentarían a la problemática que implica el acto de interpretar cualquier disposición legal.

**b.** La interpretación restrictiva

Esta técnica de interpretación restringe o circunscribe el significado *prima facie* de una disposición excluyendo de su campo de aplicación algunos supuestos de hecho que, según la interpretación literal, entrarían dentro de él.<sup>224</sup>

*Puede ser que un intérprete desee reconducir un determinado supuesto de hecho al dominio de una norma distinta (y no al dominio de la norma en cuestión) simplemente para satisfacer mejor su sentido de la justicia. Y puede ocurrir, en cambio, que un intérprete desee excluir aquel supuesto de hecho del campo de aplicación de la norma en cuestión, porque, en caso contrario, se produciría una antinomia, lo que sucede siempre que al supuesto de hecho puede aplicársele también otra norma con resultados distintos e incompatibles. En este segundo caso, el argumento de la disociación puede ser introducido en una estrategia argumentativa más amplia que apela al dogma de la coherencia de derecho.*<sup>225</sup>

Para lograr tal cometido este tipo de interpretación emplea el argumento de la disociación, el cual consiste en introducir subrepticamente en el discurso del legislador una distinción en la que éste no ha pensado en absoluto, con el fin de

<sup>223</sup> *Idem.*

<sup>224</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 39.

<sup>225</sup> *Ibidem.*, pp. 39-40.

reducir el campo de aplicación de una disposición sólo a algunos de los supuestos de hecho (previstos por ella, se entiende, según una interpretación literal). El intérprete distingue allí donde el legislador no lo ha hecho y la doctrina dominante interpreta.<sup>226</sup>

Un ejemplo donde el intérprete distingue allí donde el legislador no lo ha hecho, es el caso de la interpretación que efectúa el Poder Judicial Federal, del artículo 73, fracción XVIII<sup>227</sup> de la Ley de Amparo, toda vez que dicho precepto legal establece en diecisiete fracciones, en qué casos se considera que el juicio de amparo es improcedente.

De igual forma, en la fracción XVIII indica que el juicio de garantías es improcedente en los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la ley y, es precisamente, en esta fracción en la que los órganos jurisdiccionales justifican su decisión de desechar las demandas de amparo, bajo el argumento de que no es impedimento para ellos el hecho de que la causa por la que deciden desechar una demanda no esté expresamente preceptuada en dicha disposición. Así la ley les permite hacer derivar la causa de cualquier supuesto no satisfecho en la ley, y en un amplio margen de discrecionalidad en empleo de una interpretación de la ley, introducen distinciones y generan normas donde el Derecho y, en concreto la ley, no los contempló.

### *C. Otras técnicas de la interpretación correctora*

Este tipo de técnicas no se orientan de forma unívoca a acreditar una interpretación extensiva o una interpretación restrictiva, sino que pueden

---

<sup>226</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>227</sup> Artículo 73, fracción XVIII de la *Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, nota 18.

"Capítulo VIII. De los casos de improcedencia. Artículo 73. El juicio de amparo es improcedente:.. XVIII.- En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la ley. Las causales de improcedencia, en su caso, deberán ser examinadas de oficio."

emplearse indistintamente para justificar la una o la otra. Aquí encontramos a la *interpretación sistemática* y a la *interpretación adecuada*.

- La *interpretación sistemática* es usada de hecho para referirse a las técnicas de interpretación más variadas e independientes entre sí. Se refiere a toda interpretación que deduzca el significado de una disposición de su colocación en el "*sistema de derecho*", unas veces, en el sistema jurídico en su conjunto, en un subsistema del sistema jurídico total; es decir, en el conjunto de las disposiciones que disciplinan una determinada materia o una determinada institución.

En este tipo de interpretación el sistema jurídico y los subsistemas que lo componen se conciben generalmente como conjuntos de normas coherentes (carentes de contradicciones o antinomias) y completos (carentes de lagunas). Para decidir el significado de una disposición, no se atiende a la disposición misma aisladamente considerada, sino al contexto en que está situada:

a) Combina distintos fragmentos de normas, obteniendo a partir de ellos una norma completa (combinado de disposiciones);

b) *Sedes materiae*, se aduce que una determinada disposición debe interpretarse de un cierto modo (y no de otro distinto) en virtud de su colocación en el discurso legislativo;

c) Recurre a la presunción de que en el lenguaje legislativo existe consistencia terminológica. El legislador emplea cada término o sintagma siempre con el mismo significado (por lo menos, dentro de cada norma) y, cuando emplea términos o sintagmas distintos no puede tener un mismo significado (al menos en el ámbito de un mismo documento legal);

d) Parte de la idea de que toda expresión del lenguaje legislativo recibe significado de peculiar contexto en el que está situada, de modo que no es posible que una expresión conserve el mismo significado al cambiar el contexto, y

e) Da soluciones de interpretación que dependen de construcciones dogmáticas preconstituidas que el intérprete proyecta sobre los textos de normas *ab extra*, desde afuera.<sup>228</sup>

- En el caso de la *interpretación adecuada* se ajusta el significado de una disposición al significado (previamente establecido) de otras disposiciones de rango superior, buscando una superioridad jerárquica o superioridad estructural.<sup>229</sup>

Esta forma de interpretar se rige por la (tácita) presunción de que el legislador respeta la constitución y no intenta violarla. Surte el efecto de conservar la validez de las normas; puesto que, interpretado de este modo, se evita declarar la invalidez (la ilegitimidad) de una norma que resultaría inválido si se interpretase de otra forma. Se adapta o adecua el significado de una disposición a un principio general o fundamental de Derecho (previamente establecido). Un principio no ostenta necesariamente un rango superior al de una disposición particular, salvo en sentido meramente axiológico.<sup>230</sup>

Este modo de interpretar se rige por la (tácita) asunción de que el legislador respeta los principios generales de Derecho y no pretende derogarlos. Las distintas formas de interpretación adecuada tienen por objeto (y como efecto) evitar que surjan antinomias entre normas de distinto grado jerárquico o entre normas particulares y principios generales, es argumentada recurriendo al dogma

<sup>228</sup> Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 178, paráfrasis, pp. 43-46.

<sup>229</sup> Por ejemplo: En la interpretación que de cualquier concepto se haga en el juicio de amparo, y en concreto todo aquello que no se encuentre legislado en la Ley de Amparo, se tiene que recurrir para su estudio a la aplicación supletoria del Código Federal de Procedimientos Civiles.

<sup>230</sup> Tal es el caso de la imposibilidad para promover juicio de amparo en contra de la inconstitucionalidad de algún precepto legal de la Ley de Amparo o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

de la coherencia del Derecho. Por ello, es que puede producir indistintamente resultados *restrictivos* o resultados *extensivos*.<sup>231</sup>

#### D. La interpretación histórica y la interpretación evolutiva

En este tipo de interpretación a una disposición -relativamente antigua- pueden aplicársele dos tipos de significado, uno de los significados que se le atribuyeron en la época en que se creó, o bien uno de los significados que puede adquirir en el momento en que se interpreta. Se llama histórica a la interpretación que adscribe a una disposición uno de los significados que se le atribuyeron en la época que fue creada. Se llama evolutiva a la interpretación que adscribe a una disposición un significado nuevo y diferente de su significado histórico.<sup>232</sup>

La interpretación evolutiva es *correctora*, pero lo que corrige no es el significado literal de las palabras, sino el significado *histórico* de las mismas, adaptándolo a los tiempos, a las cambiantes circunstancias sociales y culturales. Por ejemplo el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>233</sup> ha tenido cinco interpretaciones diferentes, respecto a cómo debe entenderse la jerarquía de las normas en el sistema jurídico mexicano:

En la *primera interpretación*, estableció que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las leyes federales y los tratados internacionales se encontraban en el mismo nivel jerárquico.

<sup>231</sup> Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 178, paráfrasis, pp. 47-49.

<sup>232</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 49-50.

<sup>233</sup> Artículo 133 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación: 4 de mayo de 2009. Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación, el lunes 5 de febrero de 1917.

"Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados."

En la *segunda interpretación*, señaló que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estaba en un rango superior a las leyes federales y locales, las cuales estaban encima de los tratados internacionales.

Asimismo en la *tercera interpretación*, señaló que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estaba a un nivel superior de las leyes federales y tratados internacionales, los cuales estaban en el mismo nivel, pero por encima de las leyes locales.

En la *cuarta interpretación* estableció que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estaba por encima de los tratados internacionales y éstos últimos en un nivel superior de las leyes federales.

Finalmente en la *quinta interpretación*, que es la que actualmente rige, estableció que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la norma máxima, secundariamente los tratados internacionales y las leyes federales al mismo nivel, después las leyes locales y al final los reglamentos.<sup>234</sup>

Este tipo de interpretación puede funcionar en condiciones en las que, el análisis que el juzgador haga de una disposición legal, atienda verdaderamente a

---

<sup>234</sup> Véase *Semanario Judicial de la Federación*, *op. cit.*, nota 32, Tesis P. IX/2007, Registro No. 172650, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 6.

"TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional."

las circunstancias actuales en que se pretende aplicar, a las consecuencias e implicaciones del caso sometido a su consideración y solución, efectos colaterales, situaciones preponderantes que afecten a la interpretación.

El riesgo de esta técnica consiste en que se interprete con base en intereses de grupos de poder, presiones sociales a jueces, etcétera. Tal es el caso de las cinco interpretaciones diferentes del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las cuales atendieron más a presiones políticas para adaptar la legislación mexicana y el marco jurídico nacional a situaciones de control social y exigencias internacionales, que a extraer un significado histórico donde aplicar el precepto, no soslayo decir que la última de las interpretaciones que se hizo de dicho artículo atendía al momento histórico en el que México, se obligaba a la firma del Tratado de Libre Comercio.

Es evolutiva la interpretación que rechazando, o en todo caso, apartándose de anteriores interpretaciones consolidadas, atribuye a un texto legal un significado nuevo, distinto del que históricamente había asumido. Se basa en la idea de que al cambiar las circunstancias históricas en las que una ley debe ser aplicada, debe cambiar (*evolucionar*) asimismo el modo de interpretarla. Tiende a adaptar viejas leyes a situaciones nuevas no previstas por el legislador histórico. Atiende a la naturaleza de las cosas. Su resultado puede ser tanto una extensión cuanto una reducción del campo de aplicación de una determinada ley.<sup>235</sup>

### **3. Los problemas de la interpretación y su aplicación al juicio de amparo mexicano**

De acuerdo con Riccardo Guastini, existen diversas variaciones de problemas que se suscitan a raíz de la actividad de interpretación, esto debido a que los documentos de normas son formulados no ya en un lenguaje artificial en el que todos los términos y todos los conectores sintácticos estén rigurosamente

---

<sup>235</sup> Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 178, paráfrasis, pp. 50-51.



definidos, sino en un lenguaje natural no sujeto a reglas semánticas bien definidas. El significado de los enunciados del lenguaje natural, por tanto, es fatalmente indeterminado. De ahí nacen los *problemas* de la interpretación.<sup>236</sup>

A. *¿Dudas de interpretación o discrecionalidad al interpretar?*

En el mismo contexto expuesto por Guastini, desde el punto de vista del juez fiel a la ley, la interpretación se entiende como una actividad de conocimiento; interpretar es *averiguar* el *verdadero* significado de las leyes o la *verdadera* intención del legislador. Aquí los problemas de interpretación, se presentan como origen o motivos de duda. En cambio, desde el punto de vista del abogado, o incluso, del juez ligado no a la ley sino a su propia orientación política, la interpretación se presenta como *valoración, elección y decisión*; interpretar es individualizar los diversos posibles significados de un texto; valorar cada uno de los posibles resultados prácticos, y escoger el más oportuno en vista a un fin preestablecido. En este sentido, los problemas de interpretación se presentan como espacios o márgenes de discrecionalidad.

Ante los dos escenarios problemáticos de la interpretación, se dan dos tipos de dificultades de interpretación; los conflictos que nacen de los *defectos* intrínsecos del lenguaje en el que son formuladas las fuentes del Derecho, y los conflictos que nacen de la superposición en el lenguaje de las fuentes, de las construcciones dogmáticas de los intérpretes.

Existe un criterio del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, que busca dar solución a las problemáticas que surgen de los *defectos intrínsecos del lenguaje*, en este sentido, asevera que definir un concepto jurídico indeterminado puede ser complejo y requerir de una especial valoración, sobre todo cuando el lenguaje empleado en su redacción implique conceptos

---

<sup>236</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 57.

científicos, tecnológicos, axiológicos, económicos, políticos, sociológicos o de otras disciplinas, pues de suyo requiere acudir a ellas.

Frente a tal caso es menester acudir a valores, "*principios*" e intereses que resulten compatibles con el fin de los actos administrativos para esclarecer el contenido y alcance de dichos conceptos. Por tanto, la subsunción puede ser discutible y opinable e implica estar en zonas de incertidumbre decisoria o probabilidad que necesariamente conducen a una discrecionalidad cognitiva o de juicio. Sin embargo, tener que sortear tales imprecisiones y vaguedad en la apreciación intelectual y cognoscitiva no es en realidad un caso de discrecionalidad ni de apreciaciones subjetivas.

Efectivamente, al tenor de la intelección de los fines de la norma, aunado a la estimación de valores, políticas, principios e intereses en conflicto, todo ello situado en su contexto e interactuando, se obtiene que la autoridad debe encontrar una solución o respuesta en el caso concreto.

Para completar la idea, dicho tribunal afirma, que conviene distinguir que los conceptos jurídicos indeterminados pueden ser: a) Conceptos de experiencia que consisten en apreciar hechos; la competencia del juez es ilimitada y b) Conceptos de valor donde además de apreciar los hechos, se implican juicios de valor que pueden ser técnicos, por ejemplo, impacto ambiental, interés público, utilidad pública.

Lo anterior, exige un proceso de argumentación en el que entran en juego valoraciones políticas y morales vigentes en el medio social pues sólo así es posible adscribir un significado a los conceptos indeterminados frente a la situación prevaleciente, de suerte que la autoridad debe motivar cómo es que valoró y connotó, hecho y derecho, ya que a pesar de las apariencias se trata de un esquema condicional en el que se debe aplicar la regla a través de la

subsunción y asignación de las consecuencias que el fin de la norma exige atender -intención y propósito del sistema de normas-.<sup>237</sup>

Así pues, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados reduce la discrecionalidad administrativa, eliminando lo arbitrario de todo aquello que deba ser juzgado en términos de legalidad o justicia, pues la interpretación del concepto no necesariamente deriva del texto de la disposición que lo establece, sino del sentido contextual del ordenamiento. Ante este tipo de planteamientos observamos, que la respuesta o la interpretación se realice de un concepto oscuro, producto de su conformación lingüística, no sólo se agota en la legislación, sino en todo un contexto de información.

Los problemas del lenguaje son una situación que si se observan los principios de la "*acción comunicativa*", tiene una posible y plausible solución, esta cuestión será abordada en el capítulo III del presente estudio, cuando se estudie a Jürgen Habermas.

### **B. Las antinomias**

De acuerdo con Guastuni, en un sistema jurídico, existe antinomia siempre que un determinado comportamiento esté deónticamente calificado de dos modos incompatibles en dos diversas normas pertenecientes al sistema, de modo que se dan controversias susceptibles de soluciones que de cualquier modo original conflicto en la interpretación.<sup>238</sup>

---

<sup>237</sup> *Semanario Judicial de la Federación, op. cit.*, nota 32, Tesis I.4o.A.59 K, Registro No. 177342, Novena Época, t. XXII, septiembre de 2005, p. 1431.

"CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. LA FORMA DE ACTUALIZARLOS AL CASO CONCRETO EXIGE UN PROCESO ARGUMENTATIVO QUE DEBE REDUCIR LA DISCRECIONALIDAD Y LAS APRECIACIONES SUBJETIVAS, ELIMINANDO LA ARBITRARIEDAD (sic)."

<sup>238</sup> Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 178, paráfrasis, p. 68.

Los problemas que nacen de las antinomias no son problemas propiamente de interpretación, son contrastes del sistema jurídico, entendido como sistema de normas en sentido estricto; normas, y no disposiciones todavía por interpretar. Una antinomia no puede ser resuelta más que negando la aplicación de una de las normas en conflicto, ya sea porque esté abrogada, o porque sea ilegítima (inválida).<sup>239</sup>

Entre los métodos o criterios de solución de las antinomias, suele enumerarse: a) El criterio de especialidad (*lex especiales derogat legi generali*); b) El criterio cronológico (*lex posterior derogat legi priori*), y c) El criterio jerárquico (*lex superior derogat legi inferiori*). Entre los cuales, la norma especial deroga a la norma general; la norma posterior no deroga a la norma anterior, sino que la abroga; la norma jerárquicamente superior ni deroga a la norma inferior ni la abroga, sino que la convierte en inválida. Por lo que hace al criterio de especialidad, su función es más bien la de excluir, en ciertas circunstancias, la operatividad del criterio jerárquico o del cronológico, o sea, de derogarlos.<sup>240</sup>

A pesar de que el orden jurídico presente incongruencias en dos normas diferentes, con una apropiada interpretación se puede salir adelante de tal aprieto jurídico, en este aspecto Guastini asume que con la interpretación adecuada y con la interpretación restrictiva, se puede superar el problema de las antinomias; ya que la interpretación adecuada adapta el significado de una disposición a un principio o a una norma de rango superior (previamente identificado), de modo que se evite el surgimiento de conflictos; y la interpretación restrictiva, tiene el efecto

---

Una norma puede ser concebida, alternativamente, o como un enunciado que califica deónticamente un determinado comportamiento, o bien como un enunciado sintácticamente condicional, que conecta una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho.

<sup>239</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 69.

<sup>240</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 71-83.

de excluir del campo de aplicación de una cierta norma un determinado supuesto de hecho que, interpretado diversamente, entraría en ese campo.

Sin embargo es necesario precisar, que en el caso del juicio de amparo, las dos soluciones proporcionadas por Guastini, presentan problemas de aplicación; ya que, por ejemplo, para el caso de la constitución, la jurisprudencia considera que en dicho ordenamiento no puede haber antinomias, lo que es completamente absurdo; y para el caso de la Ley de Amparo, el juicio de amparo es improcedente en contra de la Ley de Amparo, en cuyo caso, estos dos supuestos arrojan la idea de que el sistema mismo se "*clausura operativamente*" para seguir *funcionando*.

No se enfrenta el problema de las antinomias, sino en todo caso se evita tematizar, al no existir lingüísticamente la antinomia para el "*sistema derecho*", entre preceptos de la constitución ni el la Ley de Amparo, la antinomia en estos dos supuestos sale del código: conforme a Derecho/no conforme a Derecho; se le ubica fuera del mismo, y al excluirlo no existe para la disciplina jurídica; por lo que al no existir legalmente para el sistema, el operador jurídico no se ve obligado a resolver tal problemática, la conducta omisiva del juzgador de no resolver al respecto, no es castigada por el sistema mismo, porque no está obligado a resolver concepciones que no existen en él.

Sin embargo, para los demás ordenamientos legales, tales como las leyes federales o locales, existe la acción de inconstitucionalidad, para el caso de que dichas codificaciones sean contrarias al texto de la constitución, en este supuesto sí podemos ubicar antinomias reconocidas por el "*sistema derecho*"; por lo que, aquí sí pueden cobrar aplicación las técnicas para resolverlas, al respecto se citan cuatro de ellas.<sup>241</sup> el principio jerárquico, principio cronológico, principio de competencia y el principio de especialidad.

---

<sup>241</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 83.

- El *principio jerárquico*, se emplea para el caso de que entren en conflicto normas provenientes de fuentes jerárquicamente ordenadas, la norma jerárquicamente inferior debe considerarse inválida (y, por tanto, no debe aplicarse), en este supuesto cobra aplicación la norma que dentro de la jerarquía de normas es superior.

En el principio en comentario cobra aplicación la acción de inconstitucionalidad, en la que el quejoso puede combatir vía de amparo, la ley que considere afecta a sus intereses y que además es contraria a algún precepto constitucional. El problema aquí es que la acción de inconstitucionalidad no tiene efectos *erga omnes*, y ente sentido, sólo se concede el amparo a la persona que ejerció la acción, pero aun cuando la ley sea considerada inconstitucional no se amplían los efectos protectores a terceros, quedando subyacente el problema de la antinomia en el ordenamiento jurídico, y generando la continúa afectación al resto de las personas.

El *principio de competencia*, se aplica siempre que concurren las siguientes circunstancias: Que se produzca un conflicto entre normas provenientes de fuentes de tipo diverso; que entre las dos fuentes en cuestión no exista una relación jerárquica; que la relación entre las dos fuentes esté regulada por normas jerárquicamente superiores a ellas, atribuyendo a cada una de ellas una diversa esfera material de competencia, de modo que cada una de las dos fuentes tenga la competencia exclusiva para regular una cierta materia.

La norma que proviene de la fuente competente para disciplinar la materia en cuestión es válida, y, por tanto, debe ser aplicada, mientras que la norma proveniente de una fuente no competente en esa materia es inválida y, por tanto, debe ser desaplicada.

Por su parte el *principio cronológico*, soluciona un conflicto entre normas provenientes de fuentes jerárquicamente equiparadas y provistas de la misma esfera de competencia, en este caso, la norma que proviene de la norma anterior en el tiempo, debe considerarse abrogada (y, por tanto, debe ser desaplicada).

Finalmente el *criterio de especialidad*, es muy simple, ya que considera que la norma especial deroga a la norma general. Sin embargo, a criterio de Guastini esta fórmula no constituye de hecho un criterio de solución de antinomias, es más bien una definición (apenas disimulada) de *norma especial*. Por *norma especial*, de hecho, se entiende propiamente esto: Una norma que deroga a una norma (más) general. Pero una definición, por sí misma, no puede ofrecer una regla de decisión de las controversias.<sup>242</sup>

### C. Las lagunas

El problema de las lagunas en nuestro sistema jurídico es recurrente, máxime si tomamos en consideración que el juzgador siempre tiene que resolver el conflicto jurídico, cuando se ve confrontado a realizar su tarea judicial con un ordenamiento legal deficiente, no tiene más opción que integrarlo con su arbitrio. En este aspecto, resultan de utilidad las ideas de Guastini:

*Existe una laguna cuando no hay alguna norma que conecte una consecuencia jurídica cualquiera a un determinado supuesto de hecho, de modo que se producen controversias no susceptibles de solución alguna.*<sup>243</sup>

Una laguna, por su parte, no puede ser colmada más que integrando el ordenamiento, o sea, añadiéndole una norma nueva (implícita), que conecta una determinada consecuencia jurídica a un supuesto de hecho no previsto. Pero esto

---

<sup>242</sup> *Idem.*

<sup>243</sup> *Ibidem.*, p. 84.

no es propiamente *interpretación* del Derecho existente, es más bien creación jurisprudencial de Derecho nuevo.<sup>244</sup>

Para colmar una laguna hay que *integrar* o *completar* el sistema jurídico, con lo que se produce una norma nueva. A efecto de prevenir las lagunas, Guastini proporciona algunas técnicas de interpretación, tal es el caso de la extensiva y la evolutiva.

Sin embargo, él mismo asevera, que la existencia de una laguna en el ordenamiento jurídico es algo discutible, pues, siempre es posible poner en marcha técnicas que permitan evitar la laguna, esto es así, ya que en cualquier caso, no es obligada la decisión de colmarla, puesto que para el supuesto de hecho F1 no se ha establecido expresamente una consecuencia jurídica precisa, puede sostenerse que dicho supuesto de hecho carece de cualquier consecuencia jurídica. Se trata del uso productor del argumento a contrario.<sup>245</sup>

#### D. Las analogías

Analogía en el lenguaje jurídico suele llamarse *aplicación analógica*, a la aplicación de una norma a un supuesto de hecho no contemplado por ella, pero semejante al previsto por la misma; este tema ya se abordó, aunque con diferente perspectiva en la técnica de la *interpretación correctora en general*, dentro de la *interpretación extensiva*.

No obstante, que se hubiere abordado como una herramienta de interpretación, lo cierto es, que las analogías representan también un problema de la interpretación, toda vez que al momento de aplicarla, se crea una norma nueva,

---

<sup>244</sup> Una de las labores del Poder Judicial debe ser la corrección del derecho, cuando se encuentre ante ordenamientos jurídicos que necesiten de ello, con una adecuada interpretación lograr contribuir a la construcción y racionalidad del sistema.

<sup>245</sup> Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 178, paráfrasis, pp. 83-84.



la cual es justificada por el argumento analógico para justificar la creación jurisprudencial de la misma (no preexistente en las fuentes del Derecho), pero, por lo general, los casos no previstos pueden resolverse de forma menos dramática, sin creación explícita del Derecho Jurisprudencial.

En nuestro sistema jurídico mexicano por disposición del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>246</sup> está prohibido el uso de las analogías en las causas penales; sin embargo, para el resto de las disciplinas jurídicas hay una permisión; este es el llamado principio de *estricta interpretación* en materia penal. Así pues, se prohíbe al juez considerar algunas normas -las penales y las excepcionales- como premisas para la construcción de normas nuevas aduciendo la semejanza entre el supuesto de hecho regulado por ellas y el no previsto.

Las normas excepcionales ni siquiera pueden ser utilizadas como argumentos para la construcción de principios generales, es excepcional la norma que no expresa o respeta un principio general, sino que, por el contrario, constituye la derogación de principios generales.

En el ámbito del Derecho Penal y del Derecho excepcional rige el *principio de la norma general exclusiva (o negativa)*. Así suele llamarse a la norma según la cual *todo lo que no está (expresamente) prohibido, está permitido*. La prohibición de la analogía se resuelve con la obligación de argumentar a contrario, de forma no meramente de interpretación sino productora.

---

<sup>246</sup> Artículo 14 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, nota 49.

"Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho."

---

Considero que la técnica de la interpretación analógica no es la más adecuada, pues los conflictos jurídicos no siempre ni en todos los casos presentan las mismas circunstancias. Por ello, el uso frecuente que realizan los jueces de *jurisprudencias por analogía de razón* para la resolución de los asuntos sometidos a su consideración, es inadecuado, porque las controversias jurídicas siempre tienen elementos que las hacen diferentes entre ellas, y requieren un estudio individual y no sólo la búsqueda de precedentes judiciales en los que juzgador encuentre una salida fácil para la resolución del asunto, sino por el contrario debe realizar una labor de investigación más exhaustiva a la solución de los juicios; con ello se contribuiría a la realización de los requisitos constitucionales de *fundamentación y motivación* de las sentencias.

Una posible solución al uso de las analogías en la interpretación, puede ser la interpretación doctrinal, ya que debería de ser tomada en cuenta con más frecuencia por los tribunales jurisdiccionales.

Por lo general, cada vez que al juzgador se le presenta un caso donde alguna de las partes sustentó sus argumentos en alguna doctrina, declara inoperantes dichos argumentos por estimar que sólo son consideraciones dogmáticas.

En la especie, el cambio de metodología en la proyección de las sentencias de amparo sería sumamente favorecedor a su justificación racional; de tal manera, que si el secretario proyectista dedicara cierta parte de su labor, en la investigación para la elaboración de la sentencia, en la búsqueda de doctrina, la misma contribuiría a darle una *racionalidad* diversa a la imperante a su decisión judicial y no sólo acudir a los precarios estudios doctrinales elaborados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que no resultan aplicables en todos los casos que se tienen que resolver. Cada controversia amerita la realización de una

---

labor de investigación propia e independiente; esto es en cierta medida, lo que contribuiría a la justificación racional de las decisiones judiciales.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA "TEORÍA DE SISTEMAS", DE LA "TEORÍA DE LOS DERECHOS EN SERIO" Y DE LA "TEORÍA DE LA ACCIÓN COMUNICATIVA". SU IMPLEMENTACIÓN A LA REFLEXIÓN JUDICIAL DE LOS FALLOS EN EL JUICIO DE AMPARO MEXICANO**

#### **I. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA "TEORÍA DE SISTEMAS" DE NIKLAS LUHMANN, APLICADA AL JUICIO DE AMPARO EN MÉXICO**

##### **1. Reflexiones previas en torno a la Teoría de Sistemas y su aplicación al juicio de amparo**

En los dos primeros capítulos de este estudio se analizaron los diversos escenarios problemáticos a los que se enfrenta el juzgador al momento de decidir; del mismo modo, se evidenció el cúmulo de *concepciones* con las que trabajan los tribunales y, justifican sus determinaciones, pretendiendo lograr la validez y legitimidad en todo acto de decisión; en concreto, en el empleo de canones tales como: Estado de Derecho, Estado Constitucional de Derecho, Neoconstitucionalismo, juicio de amparo, garantías individuales, entre otros.

Sin embargo, es precisamente en este tipo de semánticas, que Luhmann observa la inconsistencia del "*sistema derecho*"; por ello, en el capítulo correspondiente consideré necesario abordar el estudio de tales conceptos, porque son las ideas con las que todos los días trabaja y pretende funcionar el Poder Judicial Federal, y era necesario conocerlas para inscribirnos en su lógica, *apreciar de qué manera justifica el juzgador sus determinaciones*, y en función de esto, ahora demostrar sus inconsistencias.

En atención a las consideraciones precedentes y una vez expuesta la problemática a la que se enfrentan los juzgadores, a la deficiencia de la interpretación para dar una íntegra solución al problema de la indeterminación del Derecho y la no reducción de las condiciones de incertidumbre en que los tribunales se ven obligados a resolver y, no habiendo encontrado aún elementos substanciales que les auxilien a dar consistencia a sus decisiones; creo necesario en este tipo de conflictos traer a la reflexión lo que el "*sistema derecho*" nos arroja y, esto es, que todo ello obedece a una problemática más grande que al carácter arbitrario con el que decide el Poder Judicial, conflicto que es producto del funcionamiento del Derecho.

En el sentido anteriormente apuntado, es que en este capítulo pretendo asomarme al estudio de la problemática desde la perspectiva de la argumentación jurídica, pero entendiendo este análisis, no desde una visión de observación y examen de las herramientas que otorga para justificar todo tipo de decisiones - *racionales e irracionales*-; sino en el estudio de dicha disciplina desde un plano filosófico en el que se analicen las ventajas y desventajas de su empleo en una sentencia de amparo.

Para lograr el objetivo de análisis, es necesario evidenciar qué está fallando en el "*sistema derecho*" desde la perspectiva de las semánticas empleadas por el sistema y, en concreto, por el Derecho Judicial, aquí con especial referencia a las ideas de Niklas Luhmann, aplicado a nuestro sistema jurídico mexicano contemporáneo, en concreto al juicio de amparo.

## *2. Punto de partida de la Teoría de Sistemas y su aplicación al juicio de amparo mexicano*

De acuerdo con la Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann, el Derecho mismo determina cuales son sus límites y, por lo tanto, qué es lo que pertenece a

él y que no; entonces, las divergencias de las opiniones de trasladan hacía la pregunta: ¿Cómo ocurre esto?<sup>247</sup>

Luhmann comienza su análisis refiriendo, que toda observación y toda descripción deben apoyarse en una distinción. Para que algo pueda ser designado (resaltado, tematizado), debe ser, en primer lugar, distinguido.

Es precisamente en la unidad<sup>248</sup> de la distinción que Luhmann apoya uno de los ejes centrales de la manera en que se gesta el conocimiento, no podemos conocer los objetos, sino a través de diferenciarlos a partir de su comparación con otros, descubriendo lo que no es, se conoce lo que es el objeto de estudio. Precizando al respecto, lo siguiente:

*...el derecho es un sistema autopoietico y autodiferenciador. Este programa de teoría implica que el derecho mismo es quien produce todas las distinciones y descripciones que utiliza, y que la unidad del derecho no es más que el hecho de su autoproducción: "autopoiesis". De acuerdo con esto, la sociedad debe ser tratada como el entorno social que posibilita y soporta esto...<sup>249</sup>*

El primer paso para entender los conflictos que se suscitan en el Derecho, es tener presente el hecho de que esta disciplina constituye un sistema

<sup>247</sup> Luhmann, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, 2ª edición, trad. de Javier Torres Nafarrate, México, Herder, 2005, paráfrasis, p. 68.

Luhmann explica que la problemática del "sistema derecho", en concreto, de su autoreferencia, autoconstrucción, inclusión/exclusión es explicado por la Teoría de Sistemas: "...1. La teoría que describe cómo algo produce sus propios límites en relación con el entorno, es actualmente la teoría de sistemas. 2. No suprime la apreciación de todo lo que se dice es dicho por un observador. La teoría que deja la determinación de los límites al objeto, es también una teoría de un observador. 3. La teoría de sistemas explora el camino de una epistemología constructivista considerada de manera general. En esta epistemología no sólo quedan incluidos los sistemas especializados en la cognición, sino todo tipo de sistemas que emplean observaciones autoproducidas para regular su relación con el entorno."

<sup>248</sup> Véase Maturana, Humberto y Varela, Francisco, *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: La organización de lo vivo*, editorial Universitaria y Editorial Lumen, Buenos Aires, Argentina, 2004. pp. 63, 88.

*"Cuando un espacio se divide en dos, nace un universo: se define una unidad".- "La unidad (posibilidad de distinguirse de un fondo y, por lo tanto, de otras unidades) es la sola condición necesaria para tener existencia en cualquier dominio dado..."*

<sup>249</sup> Luhmann, Niklas, *op. cit.*, nota 247, p. 85.

"autopoiético y autodiferenciador".<sup>250</sup> Esto se concibe bajo la idea de que el Derecho mismo determina qué conceptos son conformes a él y al mismo tiempo dispone cuales son aquellos que no lo integran, haciendo esta distinción es como funciona, unificando lo que es conforme al Derecho y lo que no es conforme a él, es lo que lo integra, y fuera de esta unidad se encuentra la sociedad que intenta solucionar los conflictos propios que se gestan en las relaciones sociales a través de lo que el "sistema derecho" marca como conforme a él o fuera de él.

El problema en esta distinción es que todo aquello que el Derecho no incluye; lo observa y tematiza fuera de su *racionalidad*,<sup>251</sup> y es en este sentido,

<sup>250</sup> Véase, Maturana, Humberto y Varela, Francisco, *op. cit.*, nota 248, paráfrasis, pp.70-71.

*"...La organización autopoiética significa simplemente procesos concatenados de una manera específica tal que los procesos concatenados producen los componentes que constituyen y especifican al sistema como unidad. Es por esta razón que podemos decir que cada vez que esta organización se concreta en un sistema real, el dominio de deformaciones que este sistema puede compensar sin perder su identidad deviene en dominio de cambios en el cual el sistema, mientras existe, mantiene constante su organización... los sistemas autopoiéticos son sistemas homeostáticos que tienen su propia organización como la variable que mantienen constante."*

En este sentido, Maturana destaca que las consecuencias de la organización descrita son importantísimas, puntulizando, las siguientes (paráfrasis):

- i) Autonomía, es decir, todos los cambios se subordinan a la conservación de la propia organización.
- ii) Individualidad. En el mantenimiento invariable de su organización conserva activamente una identidad que no depende de sus interacciones con un observador.
- iii) Unidad. Sus operaciones establecen sus propios límites en el proceso de autopoiesis.
- iv) No tienen entradas ni salidas. Pueden ser perturbadas por hechos externos, y experimentar cambios internos que compensan esas perturbaciones. Sin embargo, cualquier serie de cambios internos que se produzca está siempre subordinada a la conservación de la organización de la máquina.

*"...Así, toda relación entre dichos cambios y la serie de perturbaciones que podamos señalar, pertenece al dominio en que se observa la máquina, y no a su organización..."*

<sup>251</sup> De Giorgi, Raffaele, "Referencia y obstáculo", traducción inédita de Sánchez Sandoval, Augusto. Profesor titular "C" de tiempo completo en el Posgrado en Derecho de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Universidad Nacional Autónoma de México.

De Giorgi en cuanto a la "racionalidad" refiere que el conocimiento puede ser sólo representación de la incertidumbre; disponibilidad a la cognición relativa a la posible desilusión de las expectativas. El vínculo que liga al futuro no puede tener ya el carácter de la normatividad, sino el carácter del riesgo, de la incertidumbre racional. Sobre esta racionalidad se puede construir. Es la racionalidad del control de sí, que persiguen los sistemas. Es la racionalidad que hace posible la continua emergencia del nuevo orden, a través de la continua utilización de las distinciones, de las desigualdades, de las desviaciones que se producen y que los sistemas sociales tratan como referencia de su normal forma de operar. Es la racionalidad de la exclusión de la racionalidad clásica aquella del sujeto y aquella trascendental de la justicia como perfección de las mentes. Es la racionalidad de la exclusión de la linealidad de los procesos de conocimiento y de los procesos de construcción de los proyectos. Esta racionalidad no tiene referencias. Por esto puede decir de sí misma que es racional es un sentido que niega y supera la racionalidad clásica. Esa es la racionalidad porque no tiene fundamentos y, por tanto, construye por sí, sus propias referencias, en su continua autoinestabilización.

que todo aquello que es excluido lingüísticamente, no lo resuelve, sino únicamente se constriñe a solucionar lo que conceptualmente crea. Concebido así el Derecho, reduce la solución de los conflictos sólo a lo que el sistema mismo instituye de acuerdo a su código, quedando inertes todos aquellos aspectos, que siendo también parte de los conflictos sociales, son excluidos del campo de solución. Y es precisamente en el campo de la exclusión en donde queda subyacente la problemática no resuelta, persistiendo profundamente las inconsistencias del "sistema derecho", es en los elementos excluidos y no resueltos, que se colapsa la racionalidad dominante del sistema que se encarga de dirimir controversias.

Si efectivamente como lo sostiene Luhmann, el "sistema derecho" funciona en las disertaciones que apunta en su Teoría de Sistemas, las operaciones a través de las cuales este sistema funciona se tornan aún más problemáticas al vislumbrar esto desde una perspectiva de aplicación e interpretación del Derecho, porque el Derecho Judicial al trabajar con las semánticas creadas por el sistema, no hace más que reconocer aquellas con las cuales se refiere así mismo, e incluso, crea las concepciones bajo las cuales se considerará lingüísticamente, qué es un problema y qué no lo es, y al mismo tiempo define las concepciones con las cuales habrá de darle solución.

El operador jurídico no consciente de cómo funciona el "sistema derecho", no hace más que reproducir en sus operaciones, las condiciones de posibilidad de existencia del sistema, no ve más allá de lo que es conforme a Derecho/no conforma a Derecho, y en esta racionalidad judicial, contribuye a la racionalidad del código de la distinción y del "sistema derecho", sin advertir si funciona o no. Simplemente se adscribe a la lógica que le ha sido dada, y aún más, justifica sus decisiones haciendo gala de las concepciones que supuestamente contribuyen a la racionalidad de la sociedad, nótese que no del Derecho, sino de que va más allá, incluyendo y encauzando como plausible la racionalidad del "sistema



*derecho*" a todo el sistema sociedad, como si la lógica del discurso del juez o magistrado fuera la *verdad absoluta*.

Es por esta razón, que un juez no logra tener una perspectiva más amplia de *racionalidad*, que la que le arroja un expediente, las pruebas, los códigos, leyes y todos aquellos elementos que han sido creados por el sistema para producirse, generar los conceptos que constituirán problemas, darles solución dentro de sí mismo, contribuyendo a su recursividad, cumpliendo con la función jurisdiccional con los mismos elementos de que el sistema le ha provisto.

El problema de la actividad jurisdiccional es que al resolver los conflictos que están inscritos en la semántica del "*sistema derecho*", las posibles soluciones a éstos se da con respuestas construidas desde la ciencia jurídica. Entonces, desde esta perspectiva, cabría la siguiente interrogante: ¿El juzgador con cuáles y qué tipo de elementos debe de auxiliarse, para la solución de los conflictos jurídicos? Porque cualquiera que sea la respuesta, el juez siempre se inscribirá en la lógica del "*sistema derecho*" y, por ende, bajo las concepciones que el mismo le provee, por pertenecer al sistema.

Este problema no es respondido por la Teoría de Sistemas de Luhmann, ya que la misma no pretende justificar el Derecho, sino únicamente entenderlo, tampoco da una solución, sólo explica la problemática.<sup>252</sup> En este contexto, me

<sup>252</sup> El hecho de que la Teoría de Sistemas de Luhmann, no justifique o proponga elementos para mejorar el Derecho, y sólo lo explique, exponiendo la lógica bajo la cual funciona, se debe a que dicho autor forma su teoría a partir del estudio de la autopoiesis de los organismos vivos; es decir, forma los fundamentos epistemológicos de su teoría a partir de los postulados de la teoría de los organismos de Humberto Maturana Romesín. Y más que esforzarse por añadir algo nuevo a la citada teoría, Luhmann se justifica, pero con los argumentos de Maturana, para dar cuenta de por qué su teoría no justifica o propone algo en relación a la manera en que funciona en Derecho.

Confrótese lo sostenido en Maturana, Humberto y Varela, Francisco, *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: La organización de lo vivo*, editorial Universitaria y Editorial Lumen, Buenos Aires, Argentina, 2004. p. 13. Véase lo sostenido por Maturana en el prefacio a la segunda edición:

"... Esto es, yo quería describir el operar de los componentes del ser vivo en términos exclusivamente locales, no funcionales, y no propositivos. ..."

parece viable reconducir la labor jurisdiccional enmarcándonos en los principios de la "acción comunicativa" proporcionados por Jürgen Habermas; pero este razonamiento será motivo de análisis al final del presente capítulo, así que aguardemos hasta ese momento, para esgrimir las consideraciones en relación a ello.

#### A. La clausura operativa del "sistema derecho" postulada por Luhmann

Luhmann sostiene que la operación mediante la cual el sistema se delimita frente a su entorno, puede designarse como comunicación. En este sentido, hace especial énfasis a observar dentro de la comunicación, la circularidad de la argumentación, toda vez que con la normatividad sólo se establece que determinadas expectativas, aunque no se cumplan, siguen siendo válidas como expectativas.

En este contexto, al sistema jurídico pertenece sólo la comunicación coordinada por códigos, sólo aquella comunicación que afirme la asignación de los valores: de acuerdo a la fórmula conforme a Derecho/no conforme a Derecho.<sup>253</sup>

Luhmann, sostiene:

*...La clausura operativa del sistema se confirma precisamente por el hecho de que existen diferentes perspectivas dentro del sistema y que por eso puede haber, en el interior, una observación organizada de los observadores. El sistema de derecho es (y permanece) estimulable sólo internamente a partir de innumerables circunstancias... solamente el sistema de derecho puede originar su clausura, reproducir sus operaciones, definir sus límites; no existe ninguna otra instancia en la sociedad que pudiera determinar lo que es conforme (o discrepante) con el derecho.*<sup>254</sup>

---

<sup>253</sup> Luhmann, Niklas, *op. cit.*, nota 247, paráfrasis, p. 125.

<sup>254</sup> *Ibidem.*, pp. 124-125.

La clausura operativa significa únicamente que la "autopoiesis"<sup>255</sup> del sistema sólo puede ser efectuada con operaciones propias, que la unidad del

<sup>255</sup> Luhmann retoma el concepto "autopoiesis" de Humberto Maturana, pero es necesario aclarar que este último creó tal concepción aplicándola en torno a la explicación del origen y funcionamiento de los organismos vivos, y dado que la Teoría de Sistemas la aplica a los sistemas sociales, en este último supuesto es necesario entender el término autopoiesis como "autorreferencia".

Del mismo modo, es necesario hacer algunas precisiones en torno a la Teoría de la Autopoiesis formulada por Humberto Maturana y Francisco Varela; pues su origen epistemológico, como lo dijimos líneas arriba, es en referencia a la "organización de lo vivo", y la concepción manejada por Luhmann en la Teoría de Sistemas es un postulado completamente diverso, pues se refiere los sistemas sociales. Sin embargo, resulta de suma importancia entender los fundamentos, concepciones y definiciones originales creados por Maturana y Varela, para entender la forma en que las aplica Luhmann y estar en condiciones de proseguir en el análisis.

Véase Maturana, Humberto y Varela, Francisco, *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: La organización de lo vivo*, editorial Universitaria y Editorial Lumen, Buenos Aires, Argentina, 2004. paráfrasis, pp. 13, 19, 20, 21, 24 y 46.

En el prefacio a la segunda edición de su obra **Humberto Maturana**, precisa que los sistemas sociales no pueden ser sistemas autopoieticos en otro dominio que no sea el molecular; siendo que en el dominio orgánico tampoco lo son, toda vez que en este dominio lo que define a lo social son las relaciones conductuales entre organismos, de igual forma refiere que tampoco lo son o podrían serlo, en un espacio de comunicaciones, como lo propone Niklas Luhmann, porque en tal espacio los componentes de cualquier sistema serían comunicaciones, no seres vivos, y los fenómenos relacionales que implican el vivir de los seres vivos, que de hecho connotamos en la vida cotidiana al hablar de lo social, quedarían excluidos. Además acota: "...Yo diría a lo más, que un sistema autopoietico en un espacio de comunicaciones se parece a lo que distinguimos al hablar de una cultura."- "...Por esto, el que en el vivir cotidiano en castellano utilicemos distintas palabras para hablar de los seres vivos y de los sistemas sociales, indica que no connotamos el mismo sistema cuando usamos una u otra de esas dos palabras, e indica también que de hecho al hablar de seres vivos y sistemas sociales hablamos de sistemas diferentes porque están definidos por organizaciones diferentes... No hay intersección de organizaciones ni puede haberla, porque la distinción implica la organización y al distinguir sólo surge la organización implicada por la operación de distinción... La identidad del sistema queda especificada sólo en su organización, no en su estructura."- "...Pero si no nos damos cuenta, además, de que las palabras que usamos de hecho implican la organización de lo que distinguimos, no nos percatamos de que no podemos pretender que es posible adscribir cualquier cualquier organización que se nos ocurra al sistema distinguido, pues éste surge en la distinción con una organización implícita que queda especificada en su distinción. El no darse cuenta de esto ha llevado al uso indiscriminado de la palabra autopoiesis..."

Maturana no repara en reiterar que su teoría es completamente referente a los organismos vivos, al efecto puntaliza: "La comprensión del carácter sistémico de los fenómenos que involucran lo vivo que la Teoría de la Autopoiesis hace posible, permite explicar el origen de los seres vivos en la tierra, o el cualquier parte del cosmos, como el surgimiento espontáneo de un ser vivo como entidad discreta tan pronto como se da la dinámica autopoietica molecular como un fenómeno sistémico."

De la misma forma, el prefacio a la segunda edición, **Francisco Varela** habla de la "autopoiesis" articulando explícitamente las siguientes ideas (pp. 45-47):

0. (sic) El problema de la "autonomía" de lo vivo es central y hay que cernirlo en su forma mínima, en la caracterización de la unidad viviente.

1. La caracterización de la unidad viva mínima no puede hacerse solamente sobre la base de componentes materiales. La descripción de la "organización" de lo vivo como configuración o "pattern" es igualmente esencial.

2. La organización de lo vivo es, en lo fundamental, un mecanismo de constitución de su "identidad" como entidad material.

3. El proceso de constitución de identidad es "circular": una red de producciones metabólicas que, entre otras cosas, producen una membrana que hace posible la existencia misma de la red. Esta circularidad fundamental

es por lo tanto una auto-producción única de la unidad viviente a nivel circular. El término "autopoiesis" designa esta organización mínima de lo vivo.

4. Toda interacción de la identidad autopoietica ocurre, no sólo en términos de su estructura físico-química, sino también en tanto unidad organizada, esto es, en referencia a su identidad auto-producida. Aparece de manera explícita un punto de "referencia" en las interacciones y por tanto de emergencia de un nuevo nivel de fenómenos: la constitución de significados. Los "sistemas autopoieticos" inauguran en la naturaleza el fenómeno interpretativo (sic).

5. La identidad autopoietica hace posible la evolución a través de series reproductivas con variación estructural con "conservación" de la identidad. La constitución identitaria de un individuo precede, empírica y lógicamente el proceso de "evolución"...

La autopoiesis sólo pretende establecer la clase de individuos con la que esa serie evolutiva comienza y se origina. Se trata del criterio de demarcación entre los primeros seres vivos y la sopa primordial que los precede ni más ni menos.

Por su parte, en lo que atañe a la semántica de "autorreferencia" en aplicación a los sistemas sociales, **Raffaele De Giorgi** en "Referencia y obstáculo", en una traducción inédita de Sánchez Sandoval, Augusto, refiere que la Teoría de la Sociedad formulada por Luhmann, al basarse en el concepto "autopoiesis" es formulada en el ámbito de los seres vivos; en este sentido, la única posibilidad que se consideraba como plausible para adecuar la teoría a la realidad, estaba dada por el hecho de que se pensara la realidad misma como viviente. Y dado que con esta realidad, se entendía la sociedad, se estaba constreñido a considerarla como algo que vive. Pero todos sabemos que la sociedad no vive, así como no vive el Derecho y como no vive el Estado.

"En las observaciones que siguen deseáramos ocuparnos de tres grandes problemas de la Teoría de la Sociedad y deseáramos probar que su descripción adecuada es posible desde la Teoría de la Autopoiesis si es entendida como reflexión de la constitución de estructuras de sistemas sociales y de los procesos de su reproducción a partir de sí mismos. El primer problema es la modernidad de la sociedad moderna... Ella no puede ser observada en relación a otro, ella pide ser vista sólo en relación a la universalidad y simultaneidad de las operaciones que ocurren en su estructura. Esta es la modernidad de la modernidad. Aquello que diferencia esta estructura es la específica forma de la diferenciación con base en la cual esta sociedad continuamente organiza su complejidad. En la sociedad, sin embargo no hay lugares para la observación de esta complejidad. La específica forma de producción de la complejidad está dada por la simultaneidad del operar de sistemas que no pueden comunicarse con ellos. Estos sistemas pueden operar como operan sólo porque son autopoieticamente cerrados. La clausura autopoietica, a su vez, dispone de estructuras de la reflexión que están implicadas en el objeto y que le hacen posible la continúa auto-observación."

En este tenor, De Giorgi afirma que el principio de la "autoreferencia" permite hacer plausible el presupuesto de la re-descripción. El presupuesto está dado por la transformación de los fundamentos naturales en fundamentos artificiales, producto de la forma de operar de los sistemas y de la transformación de los fundamentos necesarios en fundamentos contingentes. La modernidad de la sociedad moderna aparece así como el carácter de la estructura de un sistema universal de la producción de sentido que produce por sí, la propia indeterminación y que en la búsqueda de las posibilidades de autorregulación, de esta indeterminación, estabiliza sus valores, es decir, fija sus constantes, determina sus puntos de referencia. En este sentido, la autoreferencia delimita el horizonte de la historicidad de la sociedad moderna, donde historicidad significa autocontextualización.

"...El principio de la autoreferencia nos permite tratar de describir la sociedad como sistema. La teoría de la sociedad que podemos construir es la teoría de la sociedad moderna en la sociedad moderna. Ella, refleja las condiciones estructurales de la modernidad. Esas condiciones hacen manifiesta la historicidad de la estructura operativa de la sociedad y a la vez hacen manifiesta la artificialidad y la contingencia como característica de las operaciones de esta estructura. Son las implicaciones de la autoreferencia que se hacen manifiestas. Es la ausencia de referencias externas aquello que caracteriza la operación de esta sociedad; ausencia de referencias no significa causalidad y no significa de ninguna manera arbitrariedad. Las secuencias del acontecer no son causales, así como los contextos que conectan los eventos no son contextos de causalidad. Esta oposición no tiene sentido sino desde un punto de vista externo, como puede ser aquel de un observador que utilice las distinciones de causalidad y no causalidad. Desde el punto de vista externo, en cambio, tenemos sólo

sistema sólo puede ser reproducida con operaciones propias. Y también, a la inversa: que el sistema no puede operar en su entorno; por lo que, tampoco posee la capacidad de vincularse al mismo a través de operaciones propias.<sup>256</sup>

El "*sistema derecho*" no ve ni contempla, nada que esté fuera de él mismo, y la construcción que puede hacer de su *racionalidad* es atendiendo precisamente a ello; ya que, dicta lo que es conforme a Derecho y lo discrepante al mismo, discute las problemáticas, asigna valores a las situaciones, maneja en términos problemáticos el mundo, marca claramente que es *verdadero/falso*, y al realizar todas estas distinciones se clausura operativamente, para que nada pueda inmutarlo, porque la introducción de cualquier nuevo código implicaría la contingencia del sistema, la cual no está listo para resolver, sin que se generen progresiva e ilimitadamente una serie de nuevas posibilidades condicionantes para la acción y la comunicación, las cuales no están inscritas en su "*codificación binaria*" del mundo y, por ello, le implicarían abandonar el esquema bajo el cual opera e intenta explicar el mundo.<sup>257</sup>

---

implicaciones y consecuencias de la autoreferencia. Los sistemas sociales construyen sus informaciones y utilizan los resultados de las propias operaciones como informaciones en base en las cuales construyen otras operaciones."

"El principio de la autoreferencia requiere superar las viejas semánticas y una disponibilidad sin prejuicios, para la observación de la morfogénesis de la complejidad de la sociedad moderna. En esta sociedad es posible aquello que en otras sociedades era impensable. Esta sociedad ha aprendido a dejarse sorprender por sí misma. La teoría aún no conoce esta actitud respecto de la sorpresa. Por lo tanto, busca todavía certidumbres, allá donde en cambio hay el riesgo de la decisión; busca principios, allá donde operan distinciones; busca universalidad, allá donde se producen especificaciones; busca la sustancia, allá donde se pueden observar sólo secuencias de eventos y estructuras selectivas que se presuponen por sí."

<sup>256</sup> Luhmann, Niklas, *op. cit.*, nota 247, paráfrasis, p. 68.

<sup>257</sup> *Idem.*

De acuerdo con Luhmann, el acoplamiento estructural es una forma constituida de dos lados; con otras palabras; una distinción. Lo que incluye (lo que se acopla) es tan importante como lo que se excluye. Las formas de acoplamiento estructural son, por lo tanto, restrictivas y facilitan con ello la influencia del entorno sobre el sistema. La restricción es condición necesaria de la capacidad de resonancia, y la reducción de la complejidad es condición necesaria de la construcción de complejidad.

La sociedad como sistema de comunicación depende en este sentido, de un acoplamiento estructural con los sistemas conciencia. Es únicamente a través de la conciencia como la sociedad puede ser influida en su entorno. Sólo de este modo resulta posible construir complejidad en alto grado en el sistema de la sociedad.

La formación del Derecho es una función del sistema sociedad, función que está referida a un problema que resulta del acoplamiento estructural de la sociedad con su entorno. La comunidad social se encuentra, como

Por lo que hace a la codificación<sup>258</sup>, la Teoría de Sistemas, postula:

*...Lo decisivo es que la comunicación se subordine a la regulación por parte del código... El código mismo no es ninguna norma. No es otra cosa que la estructura de un mecanismo de reconocimiento y un procedimiento de coordinación de la autopoiesis de la sociedad... La comunicación jurídica no es reconocible sino perteneciendo a un código y siendo capaz de enlazarse a otras comunicaciones jurídicas gracias a ese código. El derecho de la sociedad se realiza en referencia a la <efectuación> de un código y no en referencia a la creación de una regla, ya sea hipotética, categórica, razonable, fáctica.<sup>259</sup>*

La Teoría de Sistemas sostiene que la comunicación jurídica no es reconocible sino perteneciendo a un código y siendo capaz de enlazarse a otras comunicaciones jurídicas gracias a éste.<sup>260</sup> Ya hemos dicho que el código a que se hace referencia es: conforme a Derecho/no conforme a Derecho.

---

siempre, acoplada al sistema de la conciencia y, como siempre, lo que pueda ocurrir en éstos es lo que irrita la comunicación social.

<sup>258</sup> Sin embargo, también véase Maturana, Humberto y Varela, Francisco, *op. cit.*, nota 248, pp.81-82, 95.

*"Las nociones tales como codificación y transmisión de informaciones no entran en la determinación de un sistema autopoietico concreto, porque no constituyen en él elementos causales... La dimensión correcta es la de relaciones de especificidad. Decir que el sistema o parte de él, codifica la especificidad, no es sólo una mala designación, sino también induce al error; y esto, porque esa expresión representa la aplicación de un proceso que ocurre en el espacio de la autopoiesis a un proceso que ocurre en el espacio del diseño humano (heteropoiesis), y no una reformulación del fenómeno. La noción de codificación es una noción congnotativa que representa las interacciones del observador, y no un fenómeno operativo en el dominio físico..."*

*"Las nociones como codificación, mensajes o información, no son aplicables al fenómeno de la autoreproducción, su empleo en la descripción de este fenómeno constituye una tentativa de representarlo en el lenguaje del diseño heteropoietico. En efecto, las nociones de codificación, mensaje y transmisión de información son aplicables solamente a situaciones de reducción de incertidumbre en interacciones comunicativas entre unidades independientes, en condiciones en que el mensajero no participa como componente."*

<sup>259</sup> Luhmann, Niklas, *op. cit.*, nota 247, pp. 126-127.

<sup>260</sup> Véase, Maturana, Humberto y Varela, Francisco, *op. cit.*, nota 248, paráfrasis, pp.76-77.

Maturana y Varela indican en su Teoría de la Autopoiesis que la finalidad o el objetivo no son rasgos de la organización de alguna máquina. Que en general, el observador le da algún uso a la máquina, mental o concreto, determinando así el conjunto de circunstancias en que ésta opera, así como el dominio de sus estados que él considera sus salidas. Puntualizando que el objetivo o finalidad de la máquina está situado necesariamente, en el dominio del observador (en el caso de nuestro trabajo de investigación, en el funcionamiento del Derecho y la actividad jurisdiccional), quien decide el contexto y establece los nexos. En



El Derecho no puede funcionar fuera de él mismo, su lenguaje está construido para *autoreproducirse*, y emplearse a sí. Esto es evidente cuando lo trasladamos a una problemática concreta; tomemos cualquier concepto creado por el Derecho: arrendamiento, fianza, alimentos, etcétera; cuando a la maquinaria judicial se le insta para que resuelva un litigio producto de un conflicto de intereses entre dos o más personas, respecto a un bien, derecho u obligación, al sistema judicial no le queda más remedio que resolverla conforme a las concepciones creadas por el "*sistema derecho*", porque el Poder Judicial no existe sino es dentro de sí, no puede extraer *concepciones* fuera de él, porque las mismas no existen de acuerdo a su código conforme a Derecho/no conforme a Derecho.

Entonces, la ciencia jurídica establece los conceptos bajo los cuales se resolverán los problemas (que el sistema mismo crea); ya que si no existieran los conceptos como arrendamiento, fianza, alimentos, por enunciar algunos, ¿Cómo el aparato judicial resolvería los conflictos que lingüísticamente no existen?; así, al Poder Judicial no le queda más remedio que emplear las semánticas dadas por el Derecho. Todo ello, nos hunde en la recursividad propia del sistema, en el cual parece no haber salida para poder resolver los conflictos.

Entendida así la problemática a la que se enfrenta el sistema judicial, parece plausible sostener que dicho aparato, no es ya la vía idónea para resolver los conflictos que precisamente acontecen fuera del Derecho, en el sistema sociedad, sin tener más remedio que recurrir a la limitación de la codificación del sistema mismo. Sin querer ni tener que conformarnos a la respuesta de que el Derecho no opera en el sistema sociedad, porque finalmente bajo esta construcción es con lo que seguimos trabajando y gira el mundo día a día. No teniendo un sistema de solución de controversias que abstraído de esta lógica nos

---

este caso, agregaríamos nosotros, que corremos el peligro de criticar cuestiones que no pertenecen al Derecho y que únicamente son parte de su funcionamiento, que no siempre implica su organización.

arroje resultados certeros para dar solución a los conflictos sociales,  *pensemos en soluciones, que si bien, no harán que el "sistema derecho" se aparte de su lógica de código binario, -porque dentro de la misma está construido-, puedan arrojar resultados en los cuales se reduzca la contingencia propia del sistema.*

Las soluciones a las que pretendo arribar, son las de aminorar los efectos negativos que arroja, tanto la limitación misma del "sistema derecho", como las consecuencias de la necesaria inscripción en la "unidad del sistema derecho", en el código conforme a Derecho/no conforme a Derecho, para que así sean menos adversas estas semánticas cuando necesariamente se trasladan a la solución de un litigio, ya que las partes son en última instancia las más afectadas.

En concreto, que en la labor jurisdiccional en general y, en cada una de las decisiones de los juzgadores -ya que los jueces no tienen más remedio que resolver bajo el código dado del "sistema derecho" porque son parte de él- lo hagan en condiciones y mediante mecanismos, que les permitan obtener resultados, con la mayor consistencia posible con los elementos que le son dados; *pero el juez consciente del sistema en el que trabaja, tenga una línea de pensamiento en la cual, por lo menos, epistemológica y metodológicamente, tenga elementos que le permitan tener un proceso de construcción de su decisión, que le evidencien la limitación de la racionalidad del "sistema derecho" y le proporcionen un camino a seguir, en el que pueda llegar a una solución, que si bien siempre será tomada en condiciones de incertidumbre, afecte lo menos posible los derechos de las personas que están sometidas a su jurisdicción en razón del conflicto.*



#### a. La unidad del sistema jurídico

De acuerdo con Luhmann, la unidad del sistema jurídico es aquel punto ciego que no es señalado, pero del cual se parte para hacer construcciones jurídicas. En este punto explica, lo siguiente:

*...La unidad del sistema jurídico no es premisa operativa del sistema. La unidad del derecho no puede ser concebida ni como principio ni como norma. Ninguna sentencia debe mencionar, y mucho menos comprobar, la unidad del sistema. Ninguna ley nombra la unidad como parte constitutiva de las regulaciones jurídicas. La unidad se reproduce en cualquier operación como resultado, así como la unidad de un organismo se reproduce por el intercambio de células. La unidad no puede ser ella misma, una operación, entre otras, del sistema, porque una operación de este tipo cambiaría aquello que pertenece a la unidad por el sólo hecho de llevarse a efecto. Por eso el derecho no requiere tampoco, para su ejecución operativa (sic), de ninguna estructura jerárquica que tuviera la función de garantizar la unidad del derecho a través de una norma superior (Grundnorm), o a través de una ley preeminente (la Constitución), o una instancia suprema. Tales representaciones tienen sentido como descripciones del sistema dentro del sistema... pero no depende de ellas el que se logre la comunicación en el sistema del derecho; es decir, que la comunicación sea comprendida y obedecida. La unidad del sistema no puede ser introducida en el sistema.<sup>261</sup>*

En la unidad del sistema jurídico encontramos un elemento de suma importancia, el cual nos proporciona un giro en la concepción que tenemos acerca del sistema, toda vez que al reflexionar que el "sistema derecho" no funciona sobre la base de una jerarquía de normas, y menos aún, bajo la concepción de una constitución que garantice su permanencia y funcionamiento, sino que contrario a ello, la constitución sólo constituye una operación más dentro del sistema como descripción, lo que implica que la coercitividad de las normas

---

<sup>261</sup> Luhmann, Niklas, *op. cit.*, nota 247, p. 129.

jurídicas y del ordenamiento jurídico en general quede desprovisto de fundamento que lo haga obligatorio.

En este aspecto Luhmann nos proporciona un giro a la manera de concebir el Derecho; ya que nuestras instituciones están fundadas sobre una concepción opuesta a la relatada. En este sentido, los conceptos como supremacía constitucional parecerían no tener la función preeminente que dentro del Estado Moderno les atribuimos, sino en su caso, sólo constituyen una operación más, con la que el sistema se *autoreproduce* en su recursividad.

Concibiendo de esta manera el Derecho, se empiezan a evidenciar las razones de sus inconsistencias y fallas, las cuales obedecen, más que a una deficiencia de las operaciones del mismo, a problemas estructurales sobre los que está edificado. Máxime entonces, cuando hablamos de lo obligatorio del sistema, en cuyo caso, obedece a la función política.

En este aspecto, la Teoría de Sistemas, puntualiza:

*...La obligatoriedad de las cuestiones jurídicas se realiza sólo por medio de la asociación a la función política que se encarga de las decisiones colectivas vinculantes; la política puede recurrir al recurso de imposición...*

*...Validez significa... únicamente la aceptación de la comunicación, únicamente la autopoiesis de las comunicaciones del sistema jurídico...*

*...La validez es sólo la forma en la que las operaciones hacen referencia a su participación en el sistema, ya que están adjudicadas al contexto de otras operaciones del mismo sistema desde el momento en que lo reproducen. La validez es la forma en la que se participa de la unidad del sistema.*

*El símbolo actual de validez es un logro de la semántica de la modernidad. El símbolo de la validez será anexado a las*

*expectativas normativas del sistema... para cruzar de un lado al otro  
-cruzar el límite- del código derecho/no derecho, se requiere de  
símbolo de la validez.<sup>262</sup>*

Desde la perspectiva del Derecho se considera que el carácter obligatorio de las normas jurídicas viene dado por éste, y por ende, se deduce que el efectivo cumplimiento, necesariamente será una consecuencia lógica; sin embargo, esto no es así, ya que la vinculación del Derecho será un paso que transite por la política, y en un acoplamiento estructural será trasladado al Derecho.

Ahora, debemos decir que la coacción de las normas jurídicas es un aspecto de suma dificultad para el juzgador, ya que desde el Derecho se pretende que los conflictos se solucionen, encomendándole a un Poder Judicial que los resuelva, pero éste al usar operaciones propias del "*sistema derecho*" y del ordenamiento jurídico, suele encontrarse con que las soluciones *jurídicas* que dispuso, no se cumplen siempre, por cuestiones ajenas al "*sistema derecho*", y aquí se tensa el mundo de lo concreto<sup>263</sup> con el mundo del lenguaje.<sup>264</sup>

<sup>262</sup> *Ibidem.*, pp. 130, 155, 159, 161-163.

<sup>263</sup> Concepto tomado del doctor Sánchez Sandoval, Augusto, *Sistemas ideológicos y control social*, México, 2005, UNAM, p. 15.

"El mundo de lo concreto, es el que es y está ahí, pero que los hombres no lo conocen por ser dinámico y cambiante. La ciencia, al referirse a él, sólo nos da partes posibles de realidad, cuando no, mentiras completas, ya que por siglos ha funcionado como ciencia y verdad en el dogmatismo ideológico. De ello se deriva que del mundo de lo concreto no pueden argumentarse "verdades" ni "absolutos", y que no puede hablarse de ciencia, sino de hipótesis científicas que se van construyendo mediante la contradicción, corrección y superación de las hipótesis científicas previas."

<sup>264</sup> *Ibidem.*, pp. 15-17.

"El mundo del lenguaje, es el que se inventa por los hombres en la comunicación, para construir la conciencia de lo real, la cual se reproduce a través de la norma-ideología. Así, la sociedad vive en el mundo intelectual del lenguaje y de la cultura, y no, el mundo de lo concreto que existe afuera de las construcciones ideológicas. Por tanto, los sistemas sociales no se edifican sobre el mundo de lo concreto, sino sobre un universo simbólico, cuya repetición en el tiempo, lo sustantiviza y objetiviza como "realidad". Por ello, se emplea el término *realidad* como una construcción del lenguaje, que se refiere al universo artificial que se produce como su consecuencia. En cambio, se utiliza el concepto mundo de lo concreto, como el que existe y es, más allá de las percepciones y del lenguaje humano, que lo desnaturalizan. Respecto de ese mundo artificial, la concepción de ideología de Marx y Engels parece adaptarse plenamente, cuando la definen como: "una labor sobre ideas concebidas con propia sustantividad con un desarrollo independiente y que sólo obedece a sus propias reglas" (de construcción discursiva (sic)). De esta manera, en el mundo del lenguaje, el sistema de las ideas expresadas con palabras adquieren la fuerza de "realidades objetivas", que viven y evolucionan por sí mismas, a partir de sus propias normas de construcción. En consecuencia, el sistema ideológico-social se

Al aspecto reseñado, Habermas lo llamaría la tensión entre facticidad y validez; es decir, el problema sale del Derecho y hay un enfrentamiento entre lo que se interpretó lingüísticamente por el juzgador y, lo que en la realidad se adscribe, porque el respaldo de su sentencia es una verdad inscrita en el lenguaje, en la apreciación del expediente, de las constancias, pruebas; pero el conocimiento que del asunto en conflicto tuvo el juez, no evidencia la referencia al mundo de lo concreto, en el que efectivamente sucedió el litigio entre las partes. Enfrentándose así al hecho de que sus determinaciones no se cumplen por cuestiones ajenas al Derecho, y que suelen resolverse desde el plano de la política.

En los términos descritos, el carácter obligatorio de las normas jurídicas desde el plano político, no se entiende por qué ante problemáticas sociales de gran trascendencia, se pretende encontrar soluciones desde el plano del Derecho, con la creación de más normas, sin lograr abstraerse del mundo del lenguaje y trasladarse al mundo de lo concreto donde suceden los conflictos e intentar solucionarlos desde ahí.

---

auto-reproduce, en virtud de la racionalidad ideológica en que se fundamenta y, por lo tanto, no tiene referencias en el mundo de lo concreto que está afuera de él... Esa construcción del mundo de lo artificial, a través de la ideología, le reduce su complejidad, lo simplifica y lo hace fácil para la comprensión de los individuos, de manera que ellos se muevan en un reducido espacio de experiencias conocidas, limitando el campo de su pensamiento y de su acción, a repeticiones y habituaciones que satisfacen la curiosidad y llenan la vida de todos aquellos que interactúan dentro de ese mismo sistema social, sin temor al riesgo de lo desconocido. Por eso, los sistemas ideológicos tienen tanto éxito, porque construyen el mundo del lenguaje, que le determinan a los individuos los parámetros dentro de los cuales debe aprender y comportarse, identificándoles su propio valor, mediante la diferenciación y estigmatización de lo otro, que a su vez se construye con características de lo maléfico y que debe ser evitado. Así, los sujetos aprenden el reducido mundo de lo que consideran bueno y se les enseña a distinguir, por exclusión, el peligro, el universo de lo malo."

### **B. Las normas jurídicas y su función en el Derecho**

Las normas jurídicas son la creación del Derecho, como expectativas generales de comportamiento, idealizadas, contra fácticas, porque se espera que sean obedecidas, pretenden ser captaciones de la comprensión que el legislador realiza del mundo de lo concreto, que al ser aplicadas por el juez se enfrentan a la tensión entre el mundo del lenguaje y el mundo de lo concreto, a la tensión entre facticidad y validez, entre el hecho real y lo obligatorio de la norma. Esta situación se vuelve problemática cuando se añade la interpretación del juzgador, porque se agregan todos aquellos procesos cognoscitivos que el intérprete necesariamente tiene que caminar.

En términos de Luhmann las normas reducen la contingencia de la limitación de la contingencia; es decir: fijan la limitación ya probada de la utilización arbitraria de los signos. Las normas jurídicas constituyen un entramado de expectativas simbólicamente generalizadas. Con ello, no sólo produce indicaciones generales que son independientes de las circunstancias, sino que los símbolos están referidos a lo que no es visible y que no puede ser traslúcido: el futuro. Mediante las simbolizaciones, como bien se sabe por la religión, la sociedad produce estabilidades y sensibilidades específicas. Se confía en el símbolo porque lo que se quiere designar no se puede ver.<sup>265</sup>

La norma asume una función general de estabilización, que adquiere sus características propias porque es diferenciada dentro del "*sistema derecho*", siendo esta conformación una consecuencia de la "Teoría de Sistemas Autopoiéticos", donde los sistemas producen sus propios elementos, y mediante ellos, sus propias estructuras. Veamos lo siguiente:

---

<sup>265</sup> Luhmann, Niklas, *op. cit.*, nota 247, paráfrasis, pp. 185-187.

*...la juridicidad de la norma sólo se puede determinar a través de una observación recursiva en el entramado en el que la norma ha sido generada; esto significa: a través de la observación de aquella relación de producción de la expectativa que se diferencia, por medio de sus operaciones, como un sistema. No es sino mediante esta utilización (repetida en el sistema) del lado normativo efectuada a partir del esquema normativo/cognitivo, que las expectativas de las normas –si se compara con las simples proyecciones, con los propósitos o con los intentos de comunicación-, obtienen una cierta seguridad (sic).<sup>266</sup>*

De acuerdo con Luhmann, para entender la norma, hay que inscribirse en la observación del sistema, ya que la crea como un elemento que después utilizará para contribuir a su construcción autopoiética, porque la distinción que se emplea para fundarla sólo parte de concepciones en relación al mundo del lenguaje y no a la "realidad", en este aspecto el Derecho puede operar recursivamente a través de las normas jurídicas.

En este punto, la *norma jurídica* es fundamental en la construcción del Derecho, es *el elemento que simula que funciona*, porque la juridicidad y coercitividad del mismo no se robustece totalmente en la *política*,<sup>267</sup> sino que la norma jurídica al ser una expectativa normativa de comportamiento, constituye la *idealización* de que ante determinadas circunstancias sociales, supuestamente previstas en ella, la hipótesis que contiene será cumplida u obedecida por los que están obligados a hacerlo (los gobernados). Es precisamente en esta promesa idealizadora, de que las situaciones problemáticas serán resueltas por el Derecho, que la disciplina jurídica se sostiene como el juramento de que funciona.

Lo anterior es así, ya que si observamos el "*sistema derecho*", y en concreto, el *ordenamiento jurídico*, advertimos que *de hecho no resuelve nada*,

<sup>266</sup> *Ibidem.*, pp. 194-195.

<sup>267</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 193-195, 201-203.

sólo instituye un compromiso futuro de entrar en acción ante situaciones problemáticas y conceptualizadas por el mismo Derecho, dentro sus propias construcciones lingüísticas, pero no de esquemas que se encuentren fuera de él. Por ello, la norma en sí, no es fuente que garantice que efectivamente se resolverá la problemática, la cual muchas veces proviene de una realidad separada del lenguaje, máxime si este último es una construcción que sólo busca contribuir a la autopoiesis del sistema y no atiende a la realidad subyacente fuera de él. Por lo que hace a este aspecto, Luhmann, dice:

*Ciertamente: las expectativas y el comportamiento se estabilizan mutuamente, pero las normas producen mayor seguridad de expectativa de lo que alcanza a justificar el comportamiento: esa es precisamente la aportación específica del derecho a la autopoiesis de la comunicación social.<sup>268</sup>*

Entendida la *norma jurídica* como una *idealización del mundo*, que contribuye a la concepción de que el Derecho es un sistema aceptable para tener un orden en la sociedad, con la promesa de estabilización de expectativas (idealizaciones) de comportamiento (de realidad) de las personas; con ello, justifica y hace permanecer en el tiempo a la ciencia jurídica. Sin embargo, cuando el juzgador tiene que resolver un litigio, parece tener muchos obstáculos para tal cometido. Si a esto le sumamos que debe realizar una actividad de interpretación en la que la norma jurídica que de suyo fue diseñada a partir de un mundo lingüístico, para contribuir a la recursividad del sistema -de poder-, sin atender al mundo de lo concreto, presenta aún más conflictos, porque al juez se le pide y se le exige resolver acorde a los hechos acaecidos en el mundo de lo concreto, pero él sólo tiene en sus manos un expediente constituido de metalenguajes, en los cuales, cada una de las partes que intervienen en el proceso, ha impreso sus apreciaciones subjetivas. Es precisamente en este punto, que encuentro lo que

---

<sup>268</sup> *Ibidem.*, p. 209.

Habermas designa como la tensión entre facticidad y validez; aquí se confronta irremediabilmente la inconsistencia de la norma jurídica y la realidad concreta.

Cuando el juez se ve enfrentado a la situación descrita líneas arriba, lo que hace es construir una nueva realidad -que no corresponde a lo que las partes viven en el conflicto, sino sólo constituye un escenario del discurso jurídico- a partir de los elementos que le son dados, porque recordemos que los juzgadores siempre resuelven en condiciones de incertidumbre, con hechos que ellos no conocieron a través de sus sentidos, y que generaron el conflicto entre las partes. En la construcción de lo que para ellos es la verdad legal, se afectan gravemente los derechos de los gobernados, porque ya no estamos en presencia de la realidad concreta ni de la realidad de constancias, sino de las apreciaciones subjetivas de los juzgadores.

En este sentido, podemos afirmar que el juez crea su realidad y la justifica con la argumentación, inscrito en la recursividad del "*sistema derecho*", contribuyendo así a la reproducción del sistema (autopoiesis). Sin embargo, no resuelve el conflicto entre las partes fuera del ordenamiento jurídico, sólo dentro de lo que el Derecho le indica que debe resolver; entonces, todos aquellos elementos no descritos por el sistema, son excluidos y no resueltos por el juzgador, porque para él no existen, porque así se lo indica el ordenamiento jurídico.

### C. La "*codificación binaria*": *Conforme a Derecho/no conforme a Derecho*

De acuerdo con la Teoría de Sistemas de Luhmann, el código se entiende como el hecho de que el Derecho utilice un esquema bivalente para estructurar las operaciones propias y para distinguirlas de otros asuntos. Códigos son estructuras llenas de condiciones que en la máxima simplificación pueden ser reducidas al



logro de la bi-estabilidad. Son sistemas que tienen integrada una distinción y una forma y, que incluyen la posibilidad de que sus operaciones se conecten indistintamente a un lado o al otro de la distinción. Así, la bi-estabilidad provoca que el sistema, totalmente determinado, pueda reaccionar con operaciones propias a un entorno altamente complejo, sin necesidad de ajustarse punto por punto a él.<sup>269</sup> En este aspecto, Luhmann, sostiene:

*Gracias al código binario existe un valor positivo que llamamos derecho, y un valor negativo que llamamos no derecho. El valor positivo se aplica cuando un asunto coincide con las normas del sistema. El valor negativo se aplica cuando un asunto infringe las normas del sistema. El sistema no reconoce ninguna instancia externa que pudiera dictarle lo que es un "asunto", si bien este término puede designar situaciones tanto internas al sistema como externas a él. La "jurisdicción" practicada mediante el reconocimiento de los valores derecho/no derecho, es una cuestión interna del sistema.*

*...el derecho es una historia sin fin, un sistema autopoietico que sólo produce elementos para poder seguir produciendo más elementos: la codificación binaria es la forma estructural que garantiza precisamente eso.<sup>270</sup>*

El código dicta dos modos en los que el Derecho entiende el mundo: conforme a Derecho/no conforme a Derecho, cada lado del código se acomoda con las normas jurídicas creadas por el sistema, las que preceptúan lo que lingüísticamente se considera dentro de la norma y las que preceptúan todo aquello que es contrario a ellas y, en su caso, queda fuera del código bivalente, todo aquello que el Derecho no contempla conforme ni disconforme a él. Todo lo que el Derecho no legisla ni contempla en su codificación, no existe lingüísticamente para él, lo excluido, sólo permanecerá como elemento irritante en el mundo de lo concreto, marginado de la legalidad y juridicidad del sistema y de

<sup>269</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 235-235.

<sup>270</sup> *Ibidem.*, pp. 236-238.

las instituciones. *Lo que no existe es ignorado y no es objeto de protección del Derecho.*

Si por un lado, el Derecho sólo puede ser entendido de acuerdo a su código bivalente: conforme a Derecho/no conforme a Derecho, si esto no puede ser de otra manera, porque así está estructurado el sistema, vale decir que el Derecho no puede sostenerse más, como garante de orden social, porque al final, la idea de que estabiliza expectativas de comportamiento, es altamente nutrida por los sistemas ideológicos y por los grupos de poder. Pero por otro lado, al margen de estas concepciones, si el Derecho es el sistema con el que trabaja el mundo y no habiendo otro sistema que nos permita hacerlo, hasta no encontrar un nuevo modo de *resolver* los conflictos sociales, estamos irremediamente condenados a trabajar con dicho sistema.

En la labor jurisdiccional el juzgador no puede permitirse pensar en términos bivalentes, como la ciencia jurídica lo hace al efectuar sus planteamientos, porque el mundo de lo concreto no opera de esa manera; ya que, si se inscribe en la lógica conforme a Derecho/no conforme a Derecho, no está cumpliendo con la función judicial, aunque ello le resulte cómodo, sólo contribuye a la autopoiesis del sistema, empleando los elementos y las operaciones que le llevan a la recursividad del mismo, porque bajo esta lógica de operación, el juez no tiene que realizar ningún proceso de construcción, sólo tiene que seguir la línea dada por el Derecho, lo cual es fácil, pero no transforma en modo alguno de forma positiva el ejercicio de las atribuciones y, mucho menos, justifica el ejercicio del cargo.

Contrario a esto, el juzgador debe reflexionar, que el mundo de lo concreto no funciona en una codificación bivalente, sino que se gesta en una variedad de valoraciones no absolutas, que construyen a su vez otras realidades, tejiendo

tantas realidades como variaciones se permitan. Ante la complejidad<sup>271</sup> del mundo, el juez tendría que tener una visión de éste en perspectiva, y no sólo en términos de legalidad/no legalidad.

El hecho de que el juzgador tenga consciencia y conocimiento profundo de qué es y cómo funciona el "*sistema derecho*", y a su vez, realice una reflexión epistemológica y filosófica de todas sus implicaciones; le proporcionará una *visión del mundo* en términos de *construcción de racionalidades y realidades acordes al mundo de lo concreto*, y no de adscripción a valores ya dados, que sólo son orientaciones a reconstrucciones sistémicas, que únicamente atienden a la recursividad del sistema, que no construyen, sino exclusivamente reutilizan conceptos dados en la "*codificación binaria*", para no enfrentarse a la *complejidad* que significa el mundo de lo concreto.

*Complejidad* que se traduce en el hecho de pensar de manera diferente, en términos de apertura a todas las racionalidades, realidades, enfrentamientos a todas aquellas situaciones negadas e inexistentes para el Derecho y para la sociedad; construcción de valores en mira de todo lo excluido, creación de procesos de integración de *lo ignorado, de la nada jurídica*, todo lo que está en el substrato social y refleja lo que verdaderamente es y no encuentra identidad jurídica ni protección por parte de las instituciones, que sólo vive y pervive en la periferia como una realidad paralela, que no se encuadra dentro del proceso idealizador de expectativas normativas de comportamiento a través del cual, el Derecho asegura su permanencia y funcionamiento.

---

<sup>271</sup> La complejidad para Luhmann significa, que siempre hay más posibilidades de experiencia y de acción de cuantas en realidad se pueden volver actuales.

Analicemos lo sostenido por Luhmann:

*...Cada operación que opte por uno u otro valor, abre con ello nuevamente el código, con la posibilidad de que las operaciones subsiguientes puedan ser evaluadas según uno u otro valor. Con ello se afirma también que, por la dimensión temporal del sentido, el sistema es gracias a su clausura, un sistema abierto. La reproducción autopoietica es, así, la reproducción de la posibilidad de reutilización del código. Un sistema jurídico diferenciado, orientado a su propio código, se caracteriza, por lo tanto, porque somete a regulaciones internas no sólo el enlace continuo del comportamiento conforme-a-derecho (o no-conforme), sino la posibilidad siempre nueva de caer en la injusticia, al usar la justicia; con este sometimiento a los reguladores internos, el sistema utiliza ambas posibilidades para confirmarse a sí mismo.<sup>272</sup>*

El Derecho entendido en su código bivalente: *conforme a Derecho/no conforme a Derecho*, se reproduce fácilmente en su autoreferencia y autoreproducción, manteniendo así, las condiciones que lo representan y la recursividad a sí mismo, asegurando su permanencia a través de las operaciones propias del sistema.

En este aspecto, Luhmann introduce un nuevo elemento a la epistemología de la Teoría de Sistemas, consistente en el hecho de que en las operaciones del "*sistema derecho*" siempre existe la posibilidad de caer en la injusticia al usar la justicia; con ello, se aprecia la forma en la que efectivamente efectivamente opera el Derecho. Si de acuerdo con dicha teoría, la ciencia jurídica es un sistema autopoietico, que se reproduce a sí mismo, creando las operaciones antagónicas con las que la de operar; en este contexto parece plausible pensar que la justicia necesita de la injusticia para operar dentro del "*sistema derecho*".

---

<sup>272</sup> Luhmann, Niklas, *op. cit.*, nota 247, p. 238.

*La bivalencia no sólo es (a diferencia de la monovalencia) la condición mínima para mantener abierto el sistema operativamente clausurado. Es al mismo tiempo una condición para la capacidad de decisión y con ello una condición para la jurisdiccionalidad (sic)...<sup>273</sup>*

Si la "codificación binaria" es el margen de operación de los juzgadores y el límite de los mismos, pensar en estos términos representa un problema para la labor jurisdiccional; ya que como lo aseveraba en consideraciones precedentes, el mundo de lo concreto no se codifica de esta manera. Pero la teoría de Luhmann no pretende justificar el Derecho, sino sólo explicarlo, a su vez no busca proponer mejorarlo, sólo mostrar los términos en que funciona a través de sus operaciones.

#### **D. La "racionalidad jurídica" en Luhmann**

La racionalidad jurídica es un aspecto tocante y recurrente para los juzgadores, porque los razonamientos creados por ellos pretenden adscribirlos como únicos y extensivos a otros ámbitos de la sociedad. En este aspecto, Luhmann asevera, lo siguiente:

*...Se puede hablar específicamente de una "racionalidad jurídica", pero sin deducir, que se trate de una racionalidad para toda la sociedad. Con ello se vuelve problemático el uso del término "razón" en este contexto. Lo que sí se puede lograr es la posibilidad de determinar al interior de zonas borrosas de tolerancia, si se ha cometido un error (o no) al asignar los valores derecho/no derecho. Y esto es, a su vez, la condición de posibilidad de que tenga sentido organizar dentro del sistema una jerarquía de control de los errores, es decir, una instancia especializada...<sup>274</sup>*

Desde el punto de vista de Luhmann, no es dable manejar concepciones como racionalidad jurídica, pretendiendo extender su significado a todos los

<sup>273</sup> *Idem.*

<sup>274</sup> *Ibidem.*, pp. 242-243.

ámbitos sociales, porque al no existir las verdades absolutas, no sería lógico aplicar la racionalidad de un sistema a todos los demás, ya que todos obedecen a diferentes codificaciones y distinciones, propias de las operaciones con las que se reproducen.

No obstante lo anterior, en la aplicación del Derecho, observamos que los operadores jurídicos buscan extender la racionalidad jurídica a todos los aspectos sociales, máxime al tratarse de la interpretación de leyes por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual, emplea la racionalidad propia del "*sistema derecho*" y la extiende a ámbitos fuera de la ciencia jurídica, lo que resulta problemático porque todo aquello que interpreta y que está colocado fuera del "*sistema derecho*", le aplica una racionalidad netamente jurídica, cuando ya hemos mostrado la deficiencia de la codificación del Derecho, que sólo es capaz de pensar y analizar el mundo en términos de conforme a Derecho/no conforme a Derecho.

El tipo de interpretación que sólo es capaz de observar el conflicto dentro del Derecho y en reconstrucción del mismo, deja de lado todos aquellos aspectos que verdaderamente tiene que resolver la Suprema Corte, y que no sólo se encuentran en el ámbito jurídico, sino que provienen y tendrán impacto en el mundo de lo concreto. Tal actividad desempeñada de esa manera, logra como resultado abstracciones lingüísticas, que sólo permanecen ahí, en la recursividad de la ciencia jurídica, quedando insuficientemente aplicadas en la realidad interpretada.

Lo anterior, debido a una falta de visión con amplitud y profundidad, respecto de los efectos que la interpretación de la ley provoca en los derechos de las personas, y no sólo como una herramienta de justificación de decisiones que

se quedan en el sistema, porque visto de esta manera, resulta más incierto el acto de interpretar, que la ley misma.

El intérprete en la actividad jurisdiccional, debe advertir que no sólo interpreta el Derecho ni atiende exclusivamente a la resolución de expedientes, valoración de pruebas, interpretación de leyes; de hecho su función implica más actos, porque no sólo se juzgan actuaciones procesales, lo que está en dilucidación son los derechos, obligaciones y bienes de personas, que al margen de que ganen o pierdan un proceso *legalmente*, hay una transformación material de los bienes en juego -entendiendo bienes no sólo en el sentido pecuniario-.

Es precisamente resolviendo un litigio, inscrito en la visión de la afectación del derecho de las partes, que el juez tiene que integrar todos los elementos que le son proporcionados por las partes en conflicto, resolviendo en totalidad todo aquello que es sometido a su consideración, porque la racionalidad *jurídica*, o mejor dicho la racionalidad *judicial*, al afectar el mundo de lo concreto, debe ampliar su enfoque a todo lo que es parte del Derecho, pero también teniendo en cuenta las demás racionalidades propias de los otros sistemas y, finalmente, del entorno que es la sociedad.

En la *conciencia* de la verdadera función de la *norma*, que es otorgar expectativas generalizadas de comportamiento, y que trabajan sobre la *idealización* de que efectivamente serán aplicadas, bajo la codificación *conforme a Derecho/no conforme a Derecho*, el juzgador tiene que reducir la contingencia en su aplicación. Es decir, a sabiendas de las limitaciones propias del Derecho y de las operaciones que emplea para funcionar, tales como las normas jurídicas y, que sólo trabajan en un código bivalente, el juez tiene que limitar el número de respuestas posibles, las cuales sean producto de un proceso de toma de

decisiones que tenga en cuenta la perspectiva de la *argumentación jurídica* desde la teoría que explica como funciona el Derecho.

Los juzgadores conscientes de los obstáculos a superar dentro de la ciencia jurídica, en sus sentencias deben de resolver con una visión integradora de las racionalidades de otros sistemas, teniendo como objetivo que se logren decisiones de consenso, las cuales, aspiren a reconciliar las diferencias propias de cada sistema y del entorno o, por lo menos, reducir en la aplicación del Derecho: la tensión entre lo hipotético de la norma, la incertidumbre (porque recordemos, que el juez no conoció los hechos directamente y, sin embargo, está obligado a resolver) en la que se dirime el conflicto, lo subjetivo del proceso de conocer e interpretar la norma jurídica, los hechos, con el enfrentamiento de la realidad concreta, que es finalmente donde todo el proceso jurisdiccional impactará.

Si la consistencia en las decisiones es el único valor que se puede derivar del código legal/no ilegal, que por lo menos ese equilibrio se alcance, a iguales circunstancias, iguales respuestas jurídicas. En este aspecto, indica Luhmann que en la "*codificación binaria*", lo que se puede lograr es encontrar los errores en la asignación de valores en la codificación del Derecho, lo que posibilita una jerarquía de control de los errores, es decir, una instancia especializada.

En este sentido, si a los tribunales del *Poder Judicial* les ha sido encargada la misión de localizar los errores en la asignación de valores de la codificación, su cometido no sólo se debe de circunscribir al logro de la consistencia en las decisiones ni sólo a la corrección del error, o la localización de los mismos. En su caso, se debe atender a la transformación y ampliación de la visión del código del Derecho, integrando las racionalidades de los demás sistemas y del entorno.



Ejercida la actividad jurisdiccional en estos términos, se gestará una verdadera construcción de la racionalidad jurídica, que será extensiva a las demás racionalidades de los otros sistemas en la interpretación de las leyes, en la reconciliación de lo excluido por la ciencia jurídica, integrado en una interpretación que verdaderamente transforme positivamente el mundo de la vida, y no sólo se circunscriba a justificar las decisiones en términos de Estado de Derecho, supremacía constitucional, garantías individuales.

Ya que, la labor jurisdiccional no se cumple en la legitimación de las decisiones jurídicas ni en la confirmación de las facultades conferidas a los jueces y magistrados, no se trata de una reafirmación que demuestre que tienen el poder, sino que efectivamente lo usen para transformar el mundo.

Dentro de la *racionalidad jurídica*, afirma Luhmann que desde el punto de vista objetivo, el *código es una tautología* y, en el caso de la autoaplicación, una *paradoja*; lo que significa que él no puede producir por sí solo información. Es decir: la tautología resulta a partir de que los valores del código son intercambiables mediante una negación que no significa nada. Lo conforme a Derecho no es lo no conforme a Derecho. El no Derecho no es Derecho. Las negaciones, sin embargo, son operaciones que suponen la identidad de lo negado y que no lo deben cambiar.

En este sentido, el código puede ser denominado también como una simple duplicación del valor de preferencia.<sup>275</sup> Una paradoja se presenta cuando el código se aplica a sí mismo: al preguntarse si el código es conforme o disconforme con el Derecho, distingue entre Derecho y no Derecho. Al respecto, Luhmann asevera de manera puntual, lo siguiente:

---

<sup>275</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 246-247.

*...En un caso, se afirma que el derecho es jurídicamente legítimo; en el otro, jurídicamente ilegítimo. Pero la pregunta por la unidad de ambas afirmaciones, la **pregunta por la unidad del código, ni siquiera se plantea. La distinción mediante la cual se observa no puede ser designada, sino que se sirve a la observación de punto ciego, es decir, de condición (no racional) de su propia posibilidad. Un observador de este observador que no aceptara eso (algo que en el propio sistema jurídico puede ocurrir mediante la reflexión teórica), únicamente verá tautologías y paradojas. Destruirá así sus propias posibilidades de observación y sólo podrá observar precisamente eso: la destrucción de las posibilidades de observación.***<sup>276</sup>

En la observación del Derecho sólo se pueden apreciar las tautologías y las paradojas, pero no se logra determinar de donde parten las mismas, para Luhmann, aquí es donde se ubica el punto ciego de la observación del sistema, porque del lugar de donde parte lo legal/ilegal, el origen de las descripciones con las que se trabajan, mejor dicho, la unidad del sistema jurídico, que permite hacer la distinción de lo que se observa, no se cuestiona, no puede ser señalada, no es racional; por ello, no se puede observar y, sin embargo, es la condición de posibilidad de todo el sistema.<sup>277</sup>

Contrario a lo aseverado por Luhmann, considero que la unidad del código, si bien es cierto es irracional, también lo es, que no es un punto ciego en la observación del sistema, sí es observable desde la lógica del poder y de la estructura de la sociedad jerarquizada, ya sea horizontal o verticalmente; el grupo en el poder, impone la racionalidad que deberá proscribir la unidad del código, a partir de la cual, se realizarán las distinciones de la codificación.

---

<sup>276</sup> *Ibidem.*, el resaltado es nuestro, .p. 247.

<sup>277</sup> *Idem.*, paráfrasis.

### 3. La concepción de justicia desde la perspectiva de Luhmann

Dado que cada observación tiene que sustentarse en una distinción para poder designar su objeto, la unidad misma de la observación queda fuera de señalamiento -a menos que se haga mediante el uso de otra distinción, para lo cual valdría lo mismo-. La observación -y más aún el observador- sólo tiene acceso a sí mismo mediante una paradoja, como unidad de aquello que tiene que desempeñarse como diverso. Así la unidad de un código solamente se puede representar como paradoja. La paradoja misma permanece invisible a lo largo de su despliegue y determinación.<sup>278</sup> Por lo que hace a un ejemplo concreto de la paradoja, tenemos el caso de la justicia, de acuerdo a lo que Luhmann interpreta:

*...la idea de justicia se puede entender como fórmula de contingencia del sistema jurídico... sólo un observador externo puede hablar, como pretendemos mostrar, de fórmula de contingencia; mientras que el propio sistema tiene que designar la justicia como ofrecimiento con lo que el sistema se identifica como idea, como principio, como valor. Al interior del sistema la fórmula de contingencia se asegura como irrefutable; se canoniza.<sup>279</sup>*

En la concepción tradicional del Derecho, la justicia es contemplada como un principio capaz de verificarse en una escala de valores socialmente estatuidos, pero en el pensamiento de la Teoría de Sistemas, la justicia es una fórmula de contingencia del sistema jurídico, de la cual sólo un observador externo al "sistema derecho" puede apreciarla como contingencia; ya que al interior es un principio como el apuntado en la concepción tradicional, *justicia es igual a valor fundante sobre lo que se edifica lo que debe ser en el sistema.*

---

<sup>278</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 276-277.

<sup>279</sup> *Ibidem.*, p. 280.

El problema de la *justicia* es que al concebirse como un *principio capaz de verificarse en una escala de valores socialmente estatuídos*, la distinción a partir de la cual se crea el concepto es puramente subjetiva, ya que los valores que distinguirán de sí, los valores, no pueden tomarse como absolutos en el espacio y en el tiempo de la concepción que del mundo de lo concreto se tenga, sólo lingüísticamente existen esos valores, pero no son ni deben ser verdades absolutas; ya que se presenta la problemática, de qué ente dispondrá cuál es la unidad del código a partir de la cual se distinguirá lo que es valor/no valor, y más aún, determinar qué es justicia/no justicia; con referencia a qué tipo de condiciones del mundo de lo concreto, cuando éste es producto de una universalidad de realidades.

El Derecho utiliza el término *justicia* como una valoración, cuya referencia es distinguida en base a lo que un grupo o grupos en el poder o ideología dominante en una sociedad, dictan acerca de lo que a sus intereses debe ser el código valor/no valor, igual a *justicia*, a partir del cual será distinguida una situación, norma jurídica, comportamiento, etcétera, si se ajusta o no tal codificación arbitraria.

Esta es, precisamente, la gran problemática del pensamiento en términos de escala de *valores socialmente estatuídos*, porque de suyo la unidad del código no puede observarse por el intérprete, sino sólo fuera del sistema; entonces, quien dicte la unidad de la distinción lo hace dentro del "*sistema derecho*" y en términos de decisión ajustada a intereses dentro de ese sistema o de otro, porque aunque quisiera asignar la escala de valores en perspectiva de inclusión de todas las realidades, el mundo de lo concreto es altamente contingente y complejo.

Por ello, es necesario prescindir de este tipo de semánticas que sólo conducen al engaño en aras de una idealización más que lingüística, procedente

de relaciones de poder; porque si bien es cierto, la norma jurídica es una idealización, en algún punto toma algo o su construcción parte de lo que existe en el mundo de lo concreto para la elaboración de sus expectativas; en cambio, la idealización que constituye la justicia, es una construcción lingüística cimentada sobre valores subjetivos que no tiene referencia a la realidad concreta, sólo refiere a la construcción de la realidad del que dicta la escala de valores, lo cual permite que su uso sea engañoso y altamente manipulable.

Asevera Luhmann, que en el empleo del código binario, siempre es posible y altamente probable caer en la injusticia, al usar la justicia, porque el sistema jurídico es diferenciado en referencia a su propio código y utiliza ambas posibilidades para confirmarse a si mismo.<sup>280</sup>

#### *A. La paradoja invisible en la justicia*

En su propia complejidad, el sistema jurídico no puede dar cuenta de todas las situaciones sociales. Tiene que reducir la complejidad, como todo sistema en relación con el entorno y proteger la construcción propia de complejidad mediante altos muros de indiferencia.<sup>281</sup>

*...La decisión se basa en la posibilidad de delimitar el caso específico frente a otros casos, recurriendo a reglas de decisión que a su vez puedan considerarse justas cuando seleccionan consistentemente entre casos iguales y casos desiguales. Esto significa que la justicia ya no se puede concebir –o sólo para fines de la moral o de la ética- como "virtud".<sup>282</sup>*

Las decisiones judiciales al lograr consistencia, es decir, a casos iguales, respuestas iguales, en esta concepción la justicia sale del campo de la Moral y se

---

<sup>280</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 238.

<sup>281</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 287.

<sup>282</sup> *Ibidem.*, p. 289.

inscribe en una técnica utilitarista para la aplicación del Derecho. El operador jurídico al resolver una sentencia, lo hace tomando en consideración ciertos elementos que son constantes en la construcción del proceso, que llevan a la toma de la decisión, en cuyo caso, cuando resuelva otros asuntos que presenten las mismas constantes y demás aspectos sustantivos y adjetivos, aplicará la misma *racionalidad jurídica*, para dar constancia a las decisiones.

En este sentido, si dos o más asuntos que resuelva el juez, presentaren las mismas o similares características sustanciales, podrá tomar y aplicar la misma decisión, y con ello, dar la certeza de que hay una permanencia en el criterio con el que resuelve; esto es, a lo que el Derecho llama certeza jurídica. Bajo esta línea de pensamiento es que el "*sistema derecho*" puede aspirar a un principio de justicia, si necesariamente quiere o tiene que hacer referencia a un código de valor para funcionar.

La justicia necesita de la injusticia para definirse y describirse, porque ambas constituyen la diferencia recursiva de la otra, se requiere de la existencia de ambas como condición posibilitante de descripción de la otra en términos lingüísticos; concebida de esta manera, la justicia hace que el despliegue de la paradoja sea invisible, porque es tautológica la referencia a la injusticia en la justicia. La justicia trabaja tautológicamente, opera de la misma manera que el código del Derecho.

Cuando el observador analiza el funcionamiento del "*sistema derecho*", fuera de éste, en una óptica integradora de otras realidades, provenientes no sólo de las construcciones lingüísticas y sistémicas propias de la ciencia jurídica, advierte que sin el código binario y sin las tautologías, el Derecho es contingente. Es decir, entiende que *contingente es algo que es como es, pero podría haber*

sido de otra forma.<sup>283</sup> La contingencia remite a las otras posibilidades y a la necesaria selección. Contingencia es -al mismo tiempo- libertad de elección, pero obligación de elegir, incluso la no elección es una elección y quien dice elección dice riesgo. Riesgo de equivocarse en la selección, de elegir algo poco conveniente o dejar de lado algo mejor.<sup>284</sup>

#### 4. La función judicial en México, desde la concepción del "sistema derecho" de Luhmann

En el capítulo segundo del presente estudio, se analizaron diversos modelos sobre la interpretación jurídica y su aplicación al razonamiento jurídico de la decisión judicial. Después de observar los disímiles tipos de interpretaciones, sus problemáticas, así como, las distintas técnicas de interpretación, se obtiene que el acto de interpretar propio de la actividad jurisdiccional, es sumamente incierto, no hay reglas generales para dar al juzgador la fórmula exacta para que interprete la realidad suscitada en los conflictos de intereses, en circunstancias que no conoció al momento de resolver, sino es a través de la construcción que él realiza de los hechos, con el empleo de las normas jurídicas y, en suma, el uso de todos los ingredientes y herramientas de que se vale para resolver y que son proporcionados por el Derecho. Ante la recursividad y clausura operativa que éste presenta y demás obstáculos, el juzgador queda en una situación de más incertidumbre y contingencia al momento de decidir.

---

<sup>283</sup> Darío Rodríguez, M., Invitación a la sociología de Niklas Luhmann, en Luhmann, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, 2ª edición, trad. de Javier Torres Nafarrate, México, Herder, 2005, paráfrasis, p. 30.

<sup>284</sup> *Idem.*, paráfrasis.

Luhmann a este respecto manifiesta: "El Derecho no espera a que las personas entren en conflicto, para luego encontrar una solución justa que coincida con la ley. Más bien, el Derecho mismo, por medio de intervenciones regulativas (sic) en la vida cotidiana, produce situaciones que luego serán motivo de conflictos: el Derecho se cultiva a sí mismo. *Siempre que la violencia está en juego, aparece la paradoja de la codificación del Derecho*, pero en una forma tal que la paradoja se desenvuelve dentro Derecho a través de ciertos condicionamientos, y lo que se logra es que *la paradoja se torne invisible*." Luhmann, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, 2ª edición, trad. de Javier Torres Nafarrate, México, Herder, 2005, pp. 339-340, 347.

Si el "sistema derecho" no le da al juzgador más margen de acción, que contribuir a su recursividad, con paradojas y tautologías; entonces: *¿Cuál es el verdadero papel de los juzgadores dentro del "sistema derecho"?, ¿Su función está perdida e irremediablemente condenada a la reconstrucción de la "codificación binaria"? ¿Non son más que una operación del sistema para autoproducirse infinitamente?* La Teoría de Sistemas no responde a este tipo de interrogantes, únicamente explica como funciona el Derecho, muestra sus inconsistencias lógicas y metodológicas, no intenta justificarlo y, mucho menos, remediarlo.

En el campo de la teoría se deconstruye la labor jurisdiccional, pero no podemos ni debemos quedarnos en este punto del conocimiento, porque en la realidad concreta, los tribunales siguen ejerciendo la labor jurisdiccional, sin más racionalidad que la jurídica. En este sentido, si el juez abierto al mundo de las condiciones de posibilidad para la acción, logra ver más allá de lo jurídico, ya se habrá alcanzado un paso importante; que amplíe su perspectiva de conocimiento y construya a partir de la integración de otras realidades, integre lo excluido y lo analice.

Concebida la actividad jurisdiccional en un campo no sólo de labor de interpretación y aplicación del Derecho, es posible que el juzgador logre contribuir a la construcción de pensamiento, no para justificar la aplicación y lo obligatorio del Derecho, sino para reducir la contingencia, enfrentar la complejidad propia de la sociedad, donde haga menos cruento el impacto del Derecho sobre las personas; ya que lo que juzga no sólo está integrado por conceptos abstractos, sino por individuos, a los cuales no les es cuestionado si consideran legítima la existencia del Derecho, y sin embargo, les es aplicado.



Luhmann indica, que lo único que a los tribunales no les está permitido, es no resolver, de ahí que en la mayoría de las codificaciones esté inserto como un principio, la prohibición de la *denegación de justicia*; los juzgadores están obligados a decidir en todos los casos que se les presenten, a cambio se les provee dentro de su tarea judicial, la posibilidad de interpretar, ésta es su competencia judicial.<sup>285</sup>

*...El hecho de que el sistema internamente se vea en la necesidad de decidir no es más que la consecuencia que corresponde al desacoplamiento del sistema con respecto a toda participación directa del entorno (clausura operativa del sistema)...*

*...los tribunales sí deben decidir sobre cualquier caso que se presente. La norma que corresponde a esta situación es la de que está prohibida la denegación de justicia, la doble negación en la fórmula es, desde el punto de vista de la lógica, algo muy revelador.*

*El estado de cosas autológico remite a algo profundamente paradójico. Los tribunales deben decir allí donde no pueden decidir, en todo caso deciden fuera de los estándares aceptables de la racionalidad. Y si no pueden, deben esforzarse en poder. Si no se encuentra el derecho, hay que inventarlo... La paradoja de la decisión que no se pueda decidir se debe desarrollar de uno y de otro modo; es decir, debe traducirse en distinciones que se puedan manejar, por ejemplo, decisión/consecuencia, principio jurídico/aplicación.*

*Que los tribunales se vean en la necesidad de decidir es el punto de partida para la construcción del universo jurídico, para el pensamiento jurídico y para la argumentación jurídica.*

*...La pregunta más importante es cómo se puede describir el sistema del derecho en el que lo paradójico de su autofundamentación es cada vez más manifiesto, y en el que se reconoce el lugar donde se soluciona su paradoja: la jurisdicción.<sup>286</sup>*

<sup>285</sup> Luhmann, Niklas, *op. cit.*, nota 247, paráfrasis, p. 365.

<sup>286</sup> *Ibidem.*, pp. 369, 372, 379, 381.

El Derecho se ve obligado a proveer a un órgano (perteneciente al sistema), de facultades de decisión, porque las normas jurídicas son expectativas contrafácticas de comportamiento, es decir, se espera que las mismas sean cumplidas, o que al menos, el aparato de punición actúe en situaciones de conflicto, haciendo uso de las idealizaciones de comportamiento contenidas en ellas, pero ya hemos dicho que la construcción de éstas sólo obedece a una "*codificación binaria*", que tiene resonancia en el mundo del lenguaje.

En este sentido, cuando el Derecho tiene que resolver situaciones de conflicto en el mundo de lo concreto, armado únicamente con la *racionalidad jurídica* propia del mundo del lenguaje (la cual no integra muchos aspectos de la realidad concreta), le resulta difícil conciliar la tensión entre facticidad y validez; *imponiéndose* a través de órganos detentadores de la función de punición del Estado, al entorno que es la sociedad, irrumpe con su lógica jurídica en el mundo de la vida, choca, si no es que colapsa, con la realidad concreta, porque su entendimiento del mundo obedece a construcciones epistemológicas completamente distintas.

Ante esta problemática, con la finalidad de aminorar esa tensión entre facticidad y validez propia del "*sistema derecho*", le es encomendado a un Poder Judicial, el acto de interpretar las operaciones del sistema, para crear un enlace con el mundo en el que fácticamente se habrá de aplicar, es decir, el discurso real que subyace a este tipo de lógica es: hay que convencer al mundo de que la racionalidad jurídica es la racionalidad plausible para todas las demás realidades.

La intención detrás del discurso alude a la necesidad de imponer el Derecho al mundo, de acuerdo a los intereses de algunos grupos en el poder, pero tal motivación no se encuentra contenida en un discurso de forma explícita, es una

semántica imbibita a la función que el juez tiene que asumir bajo el *telos* del Estado de Derecho.

Sin embargo, desde la posición del juzgador consciente de cómo opera el "*sistema derecho*", puede cambiar la racionalidad jurídica, no de toda la institución a la que pertenece, pero sí al menos de su juzgado o el magistrado de su ponencia en el tribunal, debe buscar el cambio de la paradoja; ya que no puede negarse a resolver, y además, tiene que hacerlo en condiciones de incertidumbre. Entonces, que realice su función, pero no bajo las operaciones recursivas del aparato estatal, sino bajo la construcción de una realidad con visión integradora de perspectivas de posibilidad para la acción, y no sólo inscrito en la cómoda racionalidad jurídica *dada por el sistema*.

En el acto de decidir, es donde se comienza a evidenciar el problema de la argumentación jurídica en la integración del Derecho, porque la problemática de cómo deciden los juzgadores se aborda desde su racionalidad o en el análisis del proceso de la toma de decisiones, pero el acto de decisión en sí, no es analizado, se estudia el fundamento o la influencia de las decisiones judiciales, pero no la acción ni el proceso que lleva a decidir.<sup>287</sup>

En este aspecto, veamos de manera textual, lo sostenido por Luhmann:

*La decisión tiene que ver siempre con la alternativa: uno o más senderos elegibles, los que, a su vez, contienen situaciones, acontecimientos y también subsecuentes decisiones que resultan de esa primera decisión... Sin embargo, la decisión misma no es un componente de la alternativa: no es uno de los senderos. Por eso hay que suponer que la decisión es el tercio excluso de la alternatividad de la alternativa. Es la diferencia que constituye la alternativa, o con más precisión: es la unidad de esta diferencia. En suma: una paradoja. La decisión se da únicamente cuando está*

---

<sup>287</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 369.

*presupuesto algo que es indecidible (¡y no sólo indecidió!). Ya que de otro modo la decisión ya se hubiera decidido y sólo se trataría de reconocerla.*

*La paradoja radica en la relación de este tercero excluido con la alternativa que él construye para quedar excluido (para poder decidir) de la misma manera que el observador no puede ser la distinción con la que se señala lo que se distingue, sino que se debe excluir como el punto ciego de la observación...<sup>288</sup>*

Si la decisión es la unidad de la diferencia y, constituye una paradoja, la misma se construye cuando el juzgador se confronta con situaciones que son indecidibles, entendiendo por esto, que se enfrenta a circunstancias en las que no sólo tiene que descubrir el Derecho y aplicarlo al caso concreto, sino que el acto de decisión se hace patente en escenarios en los que la norma jurídica no tiene la respuesta al caso concreto ni los demás elementos contenidos en el "sistema derecho" proveen de solución al caso de que se trata.

En este contexto, el juzgador tiene que construir la solución, es aquí donde interpreta y tiene la posibilidad de construir una racionalidad jurídica diferente a la que la ha sido dada por el sistema, esta es su oportunidad de aplicar su visión integradora de realidades excluidas, lo que le proporcionará ver más allá del Derecho, y por ende, de sus limitaciones.

En estos términos, el juez tiene la posibilidad de reivindicar su posición en la jerarquía de poder institucionalizada, no imponiéndose, sino coadyuvando a la sociedad, y no sólo al sistema al que pertenece. La resistencia, la transformación positiva del mundo, el cambio de paradigmas; éste debe ser el verdadero papel de los juzgadores dentro del "sistema derecho" descrito por Luhmann.

*...la decisión no está determinada por el pasado (leyes emitidas, delitos cometidos); la decisión opera dentro de su propia*

<sup>288</sup> *Ibidem.*, pp. 369-370.

*construcción que es sólo posible en el presente. Por otro lado, la decisión tiene consecuencias para los presentes en el futuro. La decisión abre o cierra posibilidades que sin la decisión no existirían. La decisión presupone el pasado como invariable y el futuro como variable y precisamente por eso le da voltereta a la relación de determinación: no se deja determinar por el pasado, pero intenta determinar el futuro, aunque este efecto de determinación no se efectúe porque en el futuro se espera que haya más decisiones. Por más problemático que esto sea, se puede comprender por qué los tribunales cuidan las consecuencias de sus decisiones tratan de legitimarlas mediante la valoración de las consecuencias...*

*Según esto, la decisión es una paradoja que no se puede tematizar, sino sólo mistificar...<sup>289</sup>*

Si la decisión ha de sentar el precedente de cómo se entenderá el mundo; si afecta no sólo a los participantes en la actual comunicación, sino que tendrá incidencia en casos futuros; si el acto mismo de decidir constituye una paradoja, que al menos, se busquen vías de menos impacto negativo en las partes, de estas consecuencias inexorables del Derecho Moderno.

#### *A. La organización de la jurisdicción mexicana en el juicio de amparo*

Es a través de la organización judicial (subsistema), que el "sistema derecho" decide acerca de la inclusión/exclusión de los miembros de la institución, creando compromisos especiales en los jueces, éste es precisamente una particularidad de los sistemas de organización.<sup>290</sup>

*...Sólo por medio de la organización se garantiza la universalidad de la competencia de deber decidir/poder decidir sobre todas las cuestiones jurídicas. Todos los demás campos de trabajo (no judiciales) del sistema de derecho pertenecen a la periferia.*

<sup>289</sup> *Ibidem.*, p. 371.

<sup>290</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 383.

*La relación (ahora) evidente entre la necesidad de decidir, organización judicial y la posición central de los tribunales en el sistema del derecho, permiten hacerse una idea nueva de la clausura operativa del sistema del derecho precisamente desde la perspectiva temporal y objetiva.*

*El hecho de la "organización" repercute primero en que los jueces, por razón de que son miembros de la organización, están obligados a trabajar... Ser miembro de la "organización" quiere decir también que el comportamiento interactivo tiene límites que si se transgreden hacen surgir una queja del servicio...<sup>291</sup>*

En el capítulo primero de este estudio, analizábamos la forma en que está estructurado el Poder Judicial Federal; así como, la función judicial en el marco de las concepciones institucionalizadas; la función del control constitucional, que es la que preponderantemente realizan los tribunales federales, materializándose en la decisión judicial en el marco de las garantías individuales. Este es, precisamente el cuadro conceptual en el que trabaja la labor judicial federal.

En la actividad jurisdiccional, jueces y magistrados obligatoriamente tienen que dirigir su actuación; es en esa lógica en la que están constreñidos a trabajar; ello en suma repercute en la forma en la que justifican sus determinaciones judiciales, y si transgreden los límites establecidos son sancionados, porque la Ley de Amparo les indica la línea de pensamiento para resolver; pero ello no equivale a decir, que necesariamente tengan que cerrar los ojos ante la manera en que el sistema funciona.

*...Organización significa que los errores se deben de mantener en el marco de lo que es "jurídicamente aceptable". Uno puede revelarse en contra de la opinión prevaleciente, provocar a los tribunales superiores, siempre y cuando se haga con argumentos aceptables. (Adelantándonos, vemos ya en esto una cooperación mutua y necesaria entre organización y profesión)... Finalmente,*

---

<sup>291</sup> *Ibidem.*, pp. 383, 387, 391.

*organización quiere decir que existen puestos diferentes, sueldos diferentes, es decir: carreras.*

*Por otro lado, la organización es importante porque filtran las repercusiones que tienen sobre los ingresos y la posición del juez las decisiones que ha tomado. El juez puede sobrevivir a las campañas de prensa sin perder su posición y sin que experimente daños económicos. Y, sobre todo, a la luz de la importancia que tiene en la praxis moderna los cálculos de las consecuencias, es decisivo que al juez no se le responsabilice por las consecuencias de sus decisiones. La organización cubre el riesgo que aquí se corre. De manera muy intrincada, la irresponsabilidad que garantiza la organización facilita el que se tomen decisiones.<sup>292</sup>*

Si efectivamente como Luhmann lo asevera, la *organización* permite que los errores se mantengan dentro de lo que es jurídicamente aceptable y, sólo dentro de los parámetros que la jurisdicción plantea como admisibles se pueden hacer las impugnaciones, sin estar en posibilidad de atacar las inconsistencias propias de la judicatura, sino es a través de la inscripción de su propia lógica. Ante este panorama, parece que las partes en litigio no tienen esperanza de hacer valer sus derechos, sino es cayendo en la lógica recursiva del Derecho, porque si no siguen sus operaciones lógicas y argumentan en su recursividad, el Poder Judicial no resuelve lo que en principio es lo único que está obligado a hacer: trabajar.

Un ejemplo de esto, es el calificativo que los tribunales hacen de los argumentos de las demandas de amparo, de inoperantes, cuando estos no satisfacen las fórmulas sacramentales creadas por la institución, nótese que no por la Ley de Amparo, sino por la jurisprudencia.

La organización al congregar a un grupo de personas cuya finalidad es alcanzar los fines institucionales con la promesa de desarrollo profesional y crecimiento, da el marco perfecto para el desenvolvimiento de las operaciones del sistema, porque en última instancia no se toma en cuenta al gobernado, sino el

---

<sup>292</sup> *Ibidem.*, pp. 391-392.

crecimiento y fortalecimiento de la institución en márgenes del credibilidad, con un juez fiel a la ley.

Es recurrente el tema de la independencia judicial, ya se abordaba el mismo en el capítulo primero del presente estudio, se busca que los juzgadores no estén coaccionados a resolver los asuntos que conocen, bajo determinadas opiniones; igualmente, en la misma concepción no se permite que otros poderes se inmiscuyan en la labor jurisdiccional por el principio de división de poderes.

*a.* La reforma del Poder Judicial de la Federación en México de 1994

Inscritos en el contexto de la Teoría de Sistemas, en cuanto a la organización de la jurisdicción, mucho se puede decir acerca de cómo efectivamente se encuentra organizado y jerarquizado el poder en nuestro país y, más aún, en el caso de la judicatura. Con la reforma de 1994 a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, se gestó la creación del Consejo de la Judicatura Federal, lo cual inaugura, por primera vez en México, la carrera judicial de manera institucional y reglamentada.

El Consejo de la Judicatura Federal estará encargado, de acuerdo con el artículo 100 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación,<sup>293</sup> de la "administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación."

De acuerdo con el citado artículo, estará compuesto por siete miembros; cuatro de ellos jueces, dos magistrados de los tribunales de circuito uno por los colegiados y uno por los unitarios y un juez de distrito. El presidente de la

---

<sup>293</sup> Artículo 100 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación: 15 de enero de 2009, ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el viernes 26 de mayo de 1995.



Suprema Corte formará parte del Consejo y presidirá éste. Los magistrados y el juez serán seleccionados por insaculación. Los tres restantes, deberán ser miembros destacados de las profesiones jurídicas; de ellos, dos serán designados por el Senado y uno por el Presidente de la República. Todos los miembros del Consejo, con excepción del presidente, durarán en su cargo cinco años y no podrán ocuparlo de nuevo.<sup>294</sup>

Las principales funciones y facultades del Consejo de la Judicatura son: de gobierno y administración de los tribunales; de preparación, selección, nombramiento y adscripción de jueces y magistrados, y de disciplina de estos últimos. Además de estas funciones, el Consejo podrá emitir reglamentos en materia administrativa, de carrera judicial, de escalafón y régimen disciplinario.

El Consejo de la Judicatura Federal, es el órgano dentro de la organización del Poder Judicial Federal, que se ha establecido para que funja como un órgano administrativo de control y vigilancia de la institución, atribuyéndosele dentro de sus funciones de gobierno y administración de los tribunales, facultades de revisión de la eficiencia de los juzgados y tribunales.

Sin embargo, en el ejercicio de ellas no funciona; primeramente, porque es un órgano que pertenece a la organización y el observador no puede observarse a sí mismo; en segundo término, porque en su facultad revisora se concreta a inspeccionar el número de asuntos resueltos por cada órgano, centra su atención en la estadística, pero no revisa la decisión judicial en sí, que cada órgano emite. De tal forma, que las descisiones de fondo, lo sustancial en el juicio de amparo no es inspeccionado por nadie, so pretexto de la independencia judicial.

---

<sup>294</sup> *Idem.*

El hecho de que el Consejo de la Judicatura Federal pertenezca a la organización que pretende vigilar, es un gran impedimento para que la función de contraloría sea llevada a cabo con objetividad; ya que la persona que ocupa el cargo de presidente del Consejo es la misma que funge en el puesto de Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; esto evidencia, que las labores de revisión no serán críticas respecto de la propia institución.

Lo plausible sería que el órgano de control y vigilancia sea ajeno a la entidad que pretende revisar, porque sólo un observador ubicado fuera del "sistema derecho", tiene la posibilidad de analizar los errores e inconsistencias del mismo, y no enmascarar la toma de decisiones y justificarla bajo la irresponsabilidad que garantiza la organización.

Luhmann ya nos advertía de la influencia de la *organización* y la *profesionalización*, respecto de *lo que se comunica (o deja de comunicar)*, lo cual, se erige como la zona limítrofe que circunscribe la verdadera actividad jurídica,<sup>295</sup> es decir, si queremos observar verdaderamente qué es la actividad judicial, tenemos que observar cómo funciona la organización judicial; es precisamente en esta reflexión, que la forma en que se designan los cargos judiciales en nuestro país, cobra relevancia para develar el papel de los juzgadores en el sistema jurídico.

Dentro de la segunda de las facultades del Consejo está la preparación, selección, nombramiento y adscripción de jueces y magistrados, así como, la disciplina de los mismos. Este aspecto, es altamente debatido, ya que la organización judicial en el caso del Poder Judicial de la Federación, pretende dar una imagen de profesionalización, que coadyuva al discurso de la independencia judicial, formando secretarios, jueces y magistrados.

---

<sup>295</sup> Luhmann, Niklas, *op. cit.*, nota 247, paráfrasis, p. 394.

En el sentido apuntado, con la reforma de 1994 se pretendía abolir las antiguas formas de designación que han caracterizado al Poder Judicial como una estructura jerárquica fuerte, desde el punto de vista formal e informal. Esta estructura se ha visto fortalecida por dos vías fundamentalmente. La primera, los mismos ordenamientos jurídicos que otorgaban a los ministros de la Suprema Corte, facultades en torno al reclutamiento de jueces y magistrados. La segunda, son todos los mecanismos consuetudinarios utilizados para el reclutamiento de jueces y magistrados y demás personal ocupado del Poder Judicial.<sup>296</sup>

Las formas de reclutamiento del Poder Judicial han seguido históricamente dos modelos. El primero, se ubica en un período histórico que se extiende desde 1917, año en el cual se promulgó la Constitución hasta el año de 1982. En este período, el Poder Judicial presentó un lento crecimiento en lo que a creación de órganos jurisdiccionales se refiere. Este escaso crecimiento favoreció un modelo "tutorial" en la forma en la que se ingresaba o ascendía en el Poder Judicial. Pero además, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, facultó a la Suprema Corte a nombrar, adscribir y ascender a los jueces y magistrados, y a partir de 1934 a cubrir vacantes de magistrados mediante un sistema escalafonario.<sup>297</sup>

Este sistema escalafonario funcionó en la práctica, más apegado a un conjunto de prácticas definidas por los ministros, que a lo dispuesto en las normas de carácter general. Se creó, por tanto, una suerte de escalafón informal a partir del cual eran designados como jueces de distrito los secretarios de estudio y cuenta de los ministros. Normalmente, para ocupar el cargo de secretario de estudio y cuenta había que ocupar los cargos de oficial judicial, actuario, secretario de juzgado y secretario de tribunal. Cuando menos, había que ocupar los dos

---

<sup>296</sup> Cuéllar Vázquez, Angélica, *La justicia sometida. Análisis sociológico de una sentencia*. México, Grupo editorial Miguel Ángel Porrúa, 2000, paráfrasis, pp. 16-23.

<sup>297</sup> *Idem.*, paráfrasis.

últimos cargos, pues de las personas que ocuparan éstos, los ministros hacían la selección. El ministro, después hacía la propuesta al Pleno de la Suprema Corte y el nombramiento se aprobaba con una mayoría simple. Es importante señalar que los ministros seguían un turno para hacer sus propuestas. Los criterios que los ministros utilizaron fueron en consecuencia criterios discrecionales.<sup>298</sup>

El modelo tutorial descansó en un conocimiento personal por parte de los ministros, tanto de los magistrados como de los jueces, secretarios y actuarios. Obviamente, este modelo se fortaleció por el escaso crecimiento del Poder Judicial, y el cual se observó hasta el año de 1982. De acuerdo con esta práctica o modelo, para ingresar a la carrera judicial, para ser juez de distrito, el ministro tenía un campo muy específico para hacer su elección y ponderar no sólo los conocimientos de los candidatos sino toda una práctica profesional. El aprendizaje adquirido por los sujetos que serían posteriormente designados, se basaba en adquirir una experiencia de la labor judicial, siempre de acuerdo con los criterios de un ministro a su estilo, lo que a la par, implicaba una forma de transmitir valores, intereses y criterios de interpretación.<sup>299</sup>

El segundo modelo empieza después de 1983, es el "cooperativo" y fue el dominante hasta la reforma de 1994. En 1983 empezó a crecer el presupuesto designado al Poder Judicial y, como consecuencia de ello, el número de organismos jurisdiccionales, en un promedio de veintiún órganos por año. También se estableció un catálogo de puestos y un nuevo tabulador de sueldos que homologó los sueldos del Poder Judicial con el resto de los de la administración pública.<sup>300</sup>

---

<sup>298</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>299</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>300</sup> *Idem.*, paráfrasis.

Esto significó que había que designar un número mayor de jueces y magistrados, lo que trajo algunas modificaciones al modelo "*tutorial*", pero que no cambió sustantivamente el modelo de selección basado en el conocimiento y relaciones personales.

José Ramón Cossío Díaz, considera que pudieron haberse formado dos grupos de ministros que tenían visiones distintas del ejercicio del Poder Judicial y que no era fácil hacerlos coincidir. Esto, lo infiere de dos datos principalmente. Primero, en este período se dio un elevado número de nombramientos de ministros de la Suprema Corte. Otro dato es el hecho de la emisión de un gran número de disposiciones generales expedidas por los ministros, hecho que lejos de suponer la hegemonía, hacía más evidente la existencia de diferencias.

De acuerdo con el análisis de Cossío Díaz, estos acuerdos buscaban controlar las actividades de los ministros sobre todo en función de vigilar a jueces y magistrados; se buscaba, por ejemplo, que los tribunales y juzgados fueran visitados de acuerdo con objetivos precisos. Este argumento supone que la gran cantidad de ordenamientos sobre las funciones específicas de los ministros dadas por ellos mismos, justamente, presuponía un conflicto.<sup>301</sup>

Para Cossío Díaz, la radicalización de los dos grupos de ministros al interior de la Suprema Corte, así como un desprestigio general de la institución, ya sea por las quejas presentadas ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos o por la misma Procuraduría General de la República, fueron las razones que alentaron al Presidente Ernesto Zedillo a presentar la propuesta de reforma al Poder Judicial de 1994.<sup>302</sup>

---

<sup>301</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>302</sup> *Idem.*, paráfrasis.

En este aspecto, es relevante ver lo sostenido por Luhmann, en su análisis de la jurisdicción:

*Si se atiende al lado operativo de la autopoiesis del sistema del derecho y no tanto el lado institucional, entonces la influencia de la organización y la profesionalización respecto de lo que se comunica (o deja de comunicar) se erige como la zona limítrofe que circunscribe la verdadera actividad jurídica. Protegido por la organización y la profesionalización, el tribunal hace la presentación de su propia decisión como interpretación y aplicación del derecho vigente que transforma el derecho vigente.<sup>303</sup>*

El discurso subyacente a las verdaderas razones de la reforma del Poder Judicial de la Federación de 1994, son los conflictos entre los ministros al interior de la Suprema Corte, para las facilidades y acuerdos hasta entonces sutiles entre ellos, para designar a los futuros jueces y magistrados, y no a razones de legitimación y legalidad en la asignación de nombramientos de éstos.

Todo este proceso nos permite observar la autoridad que tiene la organización en la forma en que decide quiénes pertenecen a ella y quiénes no. La inclusión/exclusión asigna valores de discriminación a partir de indicar que los que son seleccionados por la institución tienen necesariamente que adherirse a las conceptualizaciones institucionalizadas y trabajar a través de las operaciones del sistema, todo bajo la máscara de la profesionalización de la carrera judicial, Este proceso nos evidencia la actividad política al interior del Poder Judicial, que lejos de beneficiar la labor judicial, la destruye.

##### **5. La argumentación jurídica desde la perspectiva de Luhmann**

La argumentación jurídica juega un papel decisivo en la justificación de las decisiones judiciales, esta herramienta intenta explicar la interpretación realizada

---

<sup>303</sup> Luhmann, Niklas, *op. cit.*, nota 247, p. 394.

por el juzgador y, mostrar, al menos lingüísticamente, porque la decisión es la correcta; sin embargo, su función resulta problemática cuándo analizamos cómo funciona el Derecho, ya que más que explicar las decisiones de los juzgadores, termina justificando todo tipo de manifestaciones, que no siempre concuerdan con la realidad concreta.

El Poder Judicial reconoce este tipo de problemáticas, los procedimientos judiciales operan en esta misma dirección: comienzan aceptando con cuidadoso esmero la incertidumbre de la decisión. De esta manera seducen a que se colabore, especifican roles, determinan las aportaciones, delimitan los puntos conflictivos, hasta que la decisión aparece como un resultado "lógico" del procedimiento jurídico. Una vez que se ha decidido sólo es posible impugnar en la medida en que lo permitan los mismos medios jurídicos. Y fuera de esto, sólo por el camino de la política se le puede sugerir al "*sistema derecho*" un cambio en el Derecho Vigente.<sup>304</sup>

Al ser los tribunales federales los únicos detentadores de la función supervisora de las consistencias de las decisiones jurídicas de jueces de primera instancia, Salas de apelación y demás autoridades; resulta oportuna la pregunta acerca de quiénes revisan las decisiones de los órganos jurisdiccionales a nivel federal (en concreto Suprema Corte de Justicia de la Nación), nadie, dado que son la instancia constitucional final. En este sentido, la forma en que ellos argumentan la constitucionalidad de los actos de autoridad resulta decisiva para la certeza jurídica de toda la sociedad; por ello, es de suma importancia el análisis de la racionalidad de sus determinaciones.

Para un entendimiento de la argumentación, más que nada es decisivo lo que con ella no se puede lograr, lo que no se puede conseguir. Y esto que no se

---

<sup>304</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 394-395.

puede alcanzar es el símbolo de la validez del Derecho. Ningún argumento tiene capacidad de cambiar el Derecho Vigente, como sí podría hacerlo, por ejemplo, una ley, un contrato, un testamento, una decisión jurídica tomada por el tribunal; ningún argumento es capaz de dar validez a nuevos derechos y obligaciones y con ello crear condiciones que, a su vez, puedan ser cambiadas. Este no poder sirve de descarga a la argumentación: la dispensa para que se constituya en otra clase de disciplina.<sup>305</sup>

Luhmann de manera puntual, asevera:

*Es claro que el movimiento de la validez y la argumentación jurídica no operan con independencia mutua... Estas dos operaciones se enlazarán a través de acoplamientos estructurales, es decir: textos.*

*Precisamente porque los textos realizan el enlace de la argumentación con la validez del derecho, los textos tienen un significado excepcional para la argumentación jurídica... Los textos posibilitan la autoobservación simplificada. En el proceso normal de las decisiones, el sistema se observa a sí mismo no como sistema-en-un-entorno, sino como una aglomeración de textos jurídicos que se remiten unos a otros...*

*...Lo decisivo es que el sistema mismo pueda actualizar los contextos internos y también, que a través de ellos, pueda restringir las posibilidades de cada operación actual... Ya que sólo se puede interpretar y argumentar, después de que se han encontrado los textos pertinentes... El derecho vigente es razón proporcionada para decidir en el sentido del derecho. El sentido literal del texto es lo indispensable. La interpretación será después entendida como racionalización posterior del texto, o como cumplimiento de la premisa de que el legislador mismo ha decidido racionalmente... En cualquier caso la interpretación es la producción de más texto.*

*...Sólo en el plano de la observación de segundo orden se llega al establecimiento de reglas como la de que los textos no se deben*

---

<sup>305</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 401.



*entender de manera literal, sino conforme a su sentido intrínseco....*<sup>306</sup>

El juzgador al resolver un caso concreto, analiza los hechos que las partes en conflicto le proporcionan, concatenando dicho análisis con las pruebas, documentos, leyes aplicables, jurisprudencia y, con base en estos elementos, emite su decisión, la cual, si es objeto de impugnación, el tribunal superiormente jerárquico será el encargado de revisar si el proceso de la toma de decisión del juez fue conforme a Derecho, de acuerdo a los agravios expresados por la parte que impugnó la sentencia, emitiendo un posterior fallo, el cual confirma, revoca, o en su caso, modifica la revisada. Esta nueva decisión puede ser objeto del juicio de amparo directo, en este caso, el tribunal colegiado analizará sólo lo que el quejoso, vía conceptos de violación elaborados bajo las formas establecidas por la jurisprudencia, le indique que conculca sus garantías individuales, sin estudiar otros aspectos de las decisiones judiciales previas.

El tribunal colegiado excepcionalmente analiza las inconsistencias de las decisiones, aunque éstas no sean materia de conceptos de violación, cuando en los derechos controvertidos se trate de materia familiar, penal, agraria o inconstitucionalidad de leyes declarada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, finalmente, se dicta la sentencia de amparo que no es objeto de revisión, a menos que en ella se haya realizado un estudio de la inconstitucional de una ley, en cuyo caso, será objeto de recurso de revisión, del cual conocerá la Suprema Corte.

Relatado sucintamente el proceso para la toma de decisiones en materia de amparo directo -civil-, parece mostrarnos que lo que realizan los tribunales de revisión es estudiar los procesos previos y determinar si son correctos o no, pero al margen de que se determine *lo correcto*, la argumentación es la herramienta

---

<sup>306</sup> *Ibidem.*, pp. 400-404.

empleada para *justificar* todo tipo de criterios, ésta es una de sus principales problemáticas.

Lo que se dilucida en un proceso es, si los hechos dados por las partes y las pruebas aportadas, son acordes al Derecho, es precisamente en este punto que se verifica la validez de Derecho, argumentada por el juez, de acuerdo al texto de la ley o la jurisprudencia.

*En la interpretación del texto es ya posible colocarse en el lugar de una observación de segundo orden... el texto debe ser tomado como comunicación. Y la supuesta racionalidad del texto debe ser tomada como racionalidad de la intención que creó el texto (por sobre todo, el legislador). Sin embargo, la teoría de la argumentación jurídica va más allá: evalúa los argumentos de cara al poder de convencimiento en el proceso comunicativo, de cara también a la capacidad de imponerse en la comunicación... Esto presupone que la comunicación es un proceso que se observa a sí mismo e instala para ello una observación de segundo orden. Se acepta la premisa de preentendimiento de un texto que ha sido previamente dotado de sentido racional, sin que necesariamente se tenga que atribuir al autor del texto (que en realidad no se puede observar) toda la intencionalidad. Escoger como modo de argumentación la intención del legislador es algo que sigue siendo posible, pero es sólo una forma argumentativa entre otras.<sup>307</sup>*

La argumentación jurídica intenta demostrar que el proceso de toma de decisión del juez, es racional, pero se justifica en una racionalidad comunicativa, ocultando los errores colocados en el substrato, detrás de la comunicación; es decir, no se explica la decisión de fondo, sino la argumentada, con ello el juzgador no razona la afectación de Derecho. Entendida de esta forma, la argumentación serviría para justificar dos decisiones contrarias, intentando convencer que la racionalidad contenida en cualquiera de ellas es la correcta, pero no justifica por qué ante la contingencia del sistema mismo es posible que la problemática tenga

---

<sup>307</sup> *Ibidem.*, p. 405.

más de dos respuestas plausibles y por qué el juez eligió una de ellas, considerándola como la "verdad legal".

#### A. La paradoja de la argumentación: Razón versus no razón

En análisis de lo que verdaderamente constituye a la argumentación, veámos lo aseverado por la Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann:

*...¿cuál es el otro lado de una razón? ¿Una no-razón?... ¿No será este otro lado sólo el "valor de reflexión" que hace posible la contingencia de todo lo fundametable, o incluso que expresa la infundamentabilidad de todo fundamento? ¿Por tanto, no será este valor de reflexión el que hace posible reflexionar la paradoja de la fundamentación? Y si esto fuera así, ¿no tendría esta forma de observación de primer orden la desventaja de confrontar demasiado rápidamente (¡demasiado rápidamente!) a la argumentación jurídica con su propia paradoja?*

*...el argumentar...se conforma con una distinción de suplencia que no sólo invisibiliza la paradoja, sino que introduce otras distinciones: la confusión de buenas/malas (o para ser cortés) menos buenas razones. Esta distinción desencadena la pregunta acerca de los criterios con los que se reconocen las buenas razones (o menos buenas). Y con ayuda de esta pregunta sobre los criterios, la teoría de la argumentación se coloca dentro del acontecer de la argumentación misma, se entiende que del lado bueno. También los criterios deben por supuesto estar fundamentados. Para esto sirve el constructo de la "razón" a la que se le atribuye la propiedad de poder fundamentarse a sí misma. Estas estructuras, junto con sus peculiares autologías -la razón es racional, ella es su propio predicado-, son tan transparentes que, dentro de este contexto, no habría mucho más que decir: queda tan sólo bañarse en ellas y gozarlas...<sup>308</sup>*

El problema de la argumentación, como lo señala Luhmann, es que al igual que el "sistema derecho", despliega para su funcionamiento una paradoja difícil de detectar, porque el código bajo el cual funciona es: razón/no razón; en este

<sup>308</sup> *Ibidem.*, pp. 406-407.

sentido, no se puede saber cual de las dos premisas es *la correcta*, ya que desde la no razón -que es el pensamiento excluido de la reflexión del juzgador- hay un análisis, que permite la formación de la razón a partir de todo lo excluido, es decir, de todos los contenidos de la no razón; porque en la unidad de la distinción para formar su concepción de racionalidad se necesita de todo lo que no es racional, para que distinguiendo, a partir de lo que no se incluye en un concepto, se pueda decir que, sí es lo racional y viceversa.

Entonces, la razón/no razón permiten observar la paradoja de la argumentación y su eficiencia para dar consistencia a las decisiones jurídicas, pero a la vez, su deficiencia para acercar al juzgador a reducir la contingencia de la decisión en un mundo del lenguaje que le permite y le proporciona las herramientas para justificar dos decisiones contrarias, sin decir por qué eligió una como la correcta para resolver una problemática.

En este aspecto, la argumentación nos sirve para justificar todo tipo de decisiones, pero no para acercar el mundo de lo concreto al mundo del lenguaje, en el que haya una correspondencia de los hechos acaecidos en uno y la interpretación de mismos en el otro y, que no logramos reconciliar dos universos paralelos en los necesariamente tiene que trabajar el juzgador.

Si bien, la argumentación jurídica parecía haber dado un paso adelante en la justificación racional de las decisiones judiciales, ahora observamos, que no hace más que disfrazar las verdaderas razones subyacentes en una sentencia, las cuales, son ocultadas a través de la argumentación, que matiza cualquier tipo de decisión, ésta es precisamente su insuficiencia para dar certeza jurídica a los gobernados, ya que ante la multiplicidad de tribunales en el país, cada uno obedece a un proceso diferente de formación de su decisión y, la argumentación, les proporciona la herramienta ideal para dar consistencia a sus determinaciones.

Pero desenmascarando de la consistencia lingüística que proporciona la argumentación a la actividad jurisdiccional, desproveyéndo de los argumentos adecuados para cada proceso de toma de decisión, nos enfrentamos a criterios distintos, inconsistentes; por lo que, lo que en última instancia queda es la decisión en sí misma, el dictado del Derecho, es en esto, en lo que debemos centrar nuestra atención, en el acto de decisión, para llegar a él tendríamos que tener en cuenta el proceso seguido para la toma de determinaciones por parte de los tribunales y no sólo centrar el análisis en las herramientas y técnicas de la argumentación para *mejorar* el desempeño judicial.

El cuestionamiento hacia la argumentación jurídica tendría que ser: ¿Bajo qué criterios de valor, es que se califican los argumentos de buenos o malos? ¿Por qué la argumentación jurídica se coloca dentro de los buenos argumentos, si en su proceso necesita de ambos para fundamentarse? La paradoja en estas interrogantes es la razón, ¿Qué es la razón? La pregunta resulta crucial ante el hecho de que es a partir de dicha concepción que se distingue y se fundamentan los postulados del Derecho.

En este aspecto de la discusión Luhmann, dice:

*...Entonces, lo que aparece como "teoría de la argumentación" consiste, sustancialmente, en recomendar argumentos para los procedimientos adecuados, sin que se tuviera ya cuidado de conocer la manera en que los juristas argumentan realmente en las situaciones prácticas...*

*...Llama la atención además que la plausibilidad de dichas reglas choca con frecuencia con su inaplicabilidad: ¿Cómo podrían ser tomadas en cuenta todas las circunstancias de la situación? ¿Y por qué sólo de la situación?*

*...La argumentación jurídica se nutre de la diversidad de los casos y con ello logra una alta especificidad que no se deja disolver en principios generales como el de la justicia. Así, la argumentación alcanza una alta sensibilidad ante los problemas y desarrolla asimismo una alta capacidad de distinción, sin que se entienda a sí misma como "doctrina de un método aplicable" -ya que esto crearía diferencias inútiles de opinión-, sino como el hacer visible de modo operativo las diversidades...*

*...La argumentación jurídica puede considerar como "razonable" el producto de su ocupación, pero ello no quiere decir que ella deduzca a partir de principios de razonabilidad y tampoco quiere decir que se refiera a un potencial de pensamiento y que está disponible en todos los seres humanos...<sup>309</sup>*

Si la argumentación no es más que una herramienta que provee al juzgador de técnicas para el empleo de los argumentos adecuados, con miras a justificar todo tipo de decisiones; entonces, en este contexto de pensamiento, *la razón*, es la premisa de que se parte y desde ahí se argumenta, porque desde el lado de la decisión del juez, se cree estar en el lado razonable del pensamiento y, ello, permite la justificación de todo tipo de decisiones, porque el proceso no es observado, ya que la decisión es tomada primero y después se busca justificarla.

¿Cómo el juzgador puede tomar primero la decisión y, posteriormente, sólo buscar argumentar para justificarla? Esto sucede, porque no puede separar de su proceso de conocimiento toda la carga cultural, emocional, personal, vivencial, etcétera, que posee y, efectivamente, primero decide y después justifica, aunque si se lo preguntáramos a los jueces, lo negarían. Pero ante este tipo de circunstancias no podemos, únicamente, seguir empleando técnicas como la argumentación, que permitan la continuación de esta forma de tomar decisiones, al margen de su empleo, tendríamos que proponer una forma que observe el proceso y proponga soluciones en el transcurso previo a la decisión final.

---

<sup>309</sup> *Ibidem.*, pp. 408-410.

## B. La reformulación de la función de la argumentación jurídica

En primer lugar se necesita un concepto de argumentación que no contenga de salida, la etapa de su fundamento, sino que ofrezca la oportunidad de preguntar por las condiciones de posibilidad y la función de la argumentación.<sup>310</sup>

Veamos como se formula el concepto de argumentación a la luz de la crítica de la Teoría de Sistemas:

*...El concepto de argumentación entonces se formula, independientemente de la pregunta de qué tan buenas son las razones, con la ayuda de tres distinciones: 1) operación/observación; 2) autoobservación/heteroobservación, 3) controvertido/incontrovertido. La argumentación jurídica es, según esto, una combinación de cada una de estas distinciones, la autoobservación del sistema del derecho que, en su contexto recursivo autopoiético, reacciona (o anticipa) a las diferencias de opinión –pasadas o venideras-, recurriendo a la asignación de valores del código conforme a derecho/no conforme a derecho. Se trata, pues, de observación ya que tiene que ver con discriminar casos (o grupos de casos) sirviéndose de distinciones. Se trata también de una autoobservación, debido a que la operación de la observación se desarrolla dentro del sistema mismo del derecho. Y se trata de comunicación proclive a la controversia en tanto que la disposición sobre el símbolo de validez con la pura lectura de la ley, deben quedar excluidas de concepto de argumentación.<sup>311</sup>*

La información es el valor de sorpresa de las noticias, dado un reducido (o ilimitado) número de otras posibilidades. La redundancia resulta (circularmente) de que la información precedente se debe de tomar en cuenta en la operación de los sistemas autopoiéticos. La redundancia, como rechazo de la necesidad de más información, no es ella misma ninguna información. La redundancia posibilita tanto

<sup>310</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 412.

<sup>311</sup> *Ibidem.*, p. 415.

la indiferencia de las operaciones del sistema entre sí, como, y por sobre todo, la indiferencia con respecto al entorno.<sup>312</sup>

Con frecuencia se ha expresado que el sentido lingüístico del Derecho desarrolla un alto grado de redundancia expresado en fórmulas hechas para la repetición. Sin embargo, estas fórmulas no son más que medios retóricos expresivos. De ninguna manera se debe confundir lo estilístico con la precisión conceptual o con la correcta capacidad de definición (lo que a menudo falta en los conceptos jurídicos). La forma de hablar es más bien el efecto de un tipo de utilización lingüística del propio sistema.<sup>313</sup>

Sin redundancia, la pérdida de información producida por el mal funcionamiento de la transmisión de información en el sistema, se haría irreconocible y, por lo tanto, incorregible. Mientras más informaciones tenga que procesar un sistema, más dependerá de que haya suficiente redundancia, sobre todo para evitar errores en la consideración de las informaciones importantes. Pero, ¿no se podría decir también: para legitimar?

Con esto, ya se hace reconocible que un sistema que trabaja con redundancias establecidas y rechaza el exceso de carga de información, aunque precisamente por ello, pueda adquirir niveles de finura al distinguir y al designar. Es decir, la redundancia no sólo excluye las informaciones, sino que produce también informaciones en tanto que especifica la sensibilidad del sistema. De esa manera surgen informaciones que no pueden provenir del entorno: la reducción de complejidad sirve al aumento de complejidad.<sup>314</sup>

<sup>312</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 416.

<sup>313</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 416-417.

<sup>314</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 417.



Seleccionar aquellas informaciones que tienen capacidad de novedad es la función de la redundancia, de acuerdo a su intención, se dedican al procesamiento de la información. Es decir: a transformar permanentemente unas informaciones en otras informaciones para que sirvan para otras operaciones.<sup>315</sup>

La recursividad del Derecho, hace que éste trabaje con una multiplicidad de informaciones, que son procesadas y seleccionadas con la redundancia, que en cierto punto delimita las importantes y, que por ello, tienen que ser tomadas en cuenta para la formación de nuevas. Aunando a todo este proceso está el hecho de que el "*sistema derecho*" tiene que funcionar con todas ellas y, al mismo tiempo, continuamente debe hacer la selección de las que deben de trascender para su transmisión con el objetivo de lograr el funcionamiento autopoietico del sistema.

Este sumario de procesamiento de informaciones en el "*sistema derecho*", de manera fáctica es observable en el análisis de la formación de la jurisprudencia por contradicción de tesis en México, la cual para su formación se gesta a partir de dos o más informaciones -criterios jurídicos divergentes de tribunales federales diferentes- contradictorias, que es necesario que en el uso de la redundancia se seleccione una de ellas como correcta, la cual sentará las bases para la formación de nuevas. En este proceso, la redundancia ayuda a la selección de la información importante, esta última será la base de operación para la integración de nuevas de informaciones, que lleven a la circularidad del "*sistema derecho*", y por ende, a su recursividad y clausura operativa.

Conformado así, el sistema de procesamiento de informaciones deja al juzgador el papel de trabajar en la construcción de su decisión, empleando elementos del propio sistema, el cual, le proporciona la cuadratura bajo la que

---

<sup>315</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 418.

debe de pensar y resolver los conflictos jurídicos; ya que éstos son creados por el Derecho mismo, en el procesamiento de informaciones; esto es constatable, si analizamos el hecho de que fuera de la ciencia jurídica, el lenguaje propio de dicha disciplina empleado para crear palabras y los significados propios de las mismas, no existen y no funcionan fuera de él.

Y es este lenguaje jurídico con el que se pretende dar soluciones a conflictos gestados fuera del mundo lingüístico, que no significarían nada si no es con referencia al propio sistema; por ejemplo, un contrato de arrendamiento no es tematizado, sino es precisamente dentro de la semántica del Derecho, y asimismo, todas las concepciones creadas a su alrededor sólo significan algo dentro del mismo, fuera de éste no son más que información.

*Información* que en el empleo de la *redundancia*, selecciona las *informaciones importantes*, realiza la *transmisión de informaciones significativas en la comunicación*, dando paso a la *creación de nuevas informaciones* y, con ello, contribuyendo a la *recursividad del sistema*, que en continua circularidad lleva a su *clausura operativa* y continua permanencia y *reproducción* en el mismo esquema propio de un *sistema autopoietico*.

Es precisamente este proceso con el que trabaja la argumentación jurídica, ante la reproducción de las condiciones de dominación, es necesario hacer una reformulación de su función y, dar un giro al papel que desempeña en la continua construcción del "*sistema derecho*", no con miras a la edificación de su recursividad y clausura operativa dentro de los mismos márgenes de acción ni en la justificación de la toma de decisiones retóricamente, sino en una visión de cambio, que no oculte la exclusión de la no razón, sino que la integre a la razón que tomó en cuenta el juzgador, para resolver en el modo en que lo hizo.

Que el juez en su sentencia tenga la conciencia de que su racionalidad no está integrada exclusivamente por la razón, ya que esta última es un binomio formado por ella misma y por su *contrario* la no razón, que necesita de lo excluido para formarse y que se justifica como respuesta seleccionada en un conflicto y, como elección viable de entre otras posibilidades de acción para el juzgador, por el hecho de que integra su paradoja misma, para fundamentarse como opción asequible para reducir la contingencia en el proceso de toma de decisiones.

Así se da un giro a la racionalidad dominante, mediante un proceso que integra lo excluido, para explicar por qué tales o cuales elementos son plausibles para arrojar ciertas conclusiones en el ánimo del juzgador y, al mismo tiempo, evidenciar y explicar por qué otros elementos no son los idóneos para tener una decisión conforme con los hechos acaecidos en el mundo de lo concreto.

En este contexto, abandonar la emisión de decisiones que alejadas del modo en el que realmente sucedieron los hechos, se ajustan más a la justificación de la decisión en el mundo del lenguaje y, bajo las reglas del juego de la recursividad del Derecho, ayudada por la argumentación jurídica con técnicas y herramientas que emplean argumentos diseñados quirúrgicamente para justificar todo tipo de decisiones, que no reducen la contingencia del sistema y, por el contrario, amplían el contexto de incertidumbre en el que el juzgador resuelve, pero aún más, lo confirman y hacen permanecer en el tiempo, hasta la sentencia misma.

Luhmann, al respecto asevera:

*Desde el punto de vista de la coordinación, la redundancia sería "la mano invisible" del sistema... las instrucciones de la instancia superior se dejan llevar mediante la redundancia y sólo confieren a la información que circula en el sistema una forma específica (entre*

*otras: la irresponsabilidad de haber escogido la selección, cuestión que queda oculta con la instrucción).*...

*...la redundancia es condición de posibilidad de la argumentación jurídica. Después de estas aclaraciones, se puede renunciar a ver el problema de la argumentación jurídica sólo como problema de reconocimiento y de prevención de errores, a pesar de que esta pueda ser la preocupación de los juristas. Desde el punto de vista del observador de segundo orden que pretende tematizar la forma de operar del sistema del derecho (y no sólo tematizar los argumentos, los objetivos, las condiciones de verdad), se trata de producción suficiente de consistencia a partir de la gran cantidad de decisiones entre sí... Si la justicia consiste en la consistencia de las decisiones, entonces podemos decir también: justicia es redundancia. De esta manera la redundancia se distingue de otros tipos de decisión ideal que tienen en mente la optimización de las decisiones particulares, al decidir entre una cantidad grande de información posible.<sup>316</sup>*

La redundancia posibilita a los tribunales revisores la fatalidad de resolver todas las problemáticas en el empleo de las informaciones dadas y, al mismo tiempo, considerar que todo tipo de decisiones que tomen, son correctas, porque están formuladas dentro del "sistema derecho" y con las informaciones propias del mismo, dejando oculta la responsabilidad de sus decisiones en la recursividad.

De acuerdo con la Teoría de Sistemas, a lo más que puede aspirar el "sistema derecho" es a la producción de consistencia en la resolución de los casos sometidos a la consideración de los órganos jurisdiccionales, entendida como la optimización en el manejo de un gran número de informaciones, de tal suerte, que en casos iguales se den respuestas iguales.

En este sentido, la racionalidad o irracionalidad de las decisiones jurídicas no puede escaparse a la lógica propia de cómo efectivamente funciona el "sistema derecho", porque necesariamente en el fondo de sus planteamientos obedecerá al sistema al que pertenece. Sin embargo, considero que ésta es una versión poco

---

<sup>316</sup> *Ibidem.*, pp. 419-420.

optimista para el Derecho, teniendo en cuenta que es con lo que seguiremos trabajando hasta no encontrar una nueva lógica de acción, en este punto pienso que la Teoría de la Acción Comunicativa es un elemento plausible como proceso de toma de decisiones en un sistema que obedeciendo sólo a su propia lógica, puede sustraérsele de su fatal clausura operativa si se le introducen los elementos, que más adelante analizaremos.

La reformulación de la función de la argumentación jurídica se debe de gestar desde la observación, como observador de segundo orden, de su paradoja, del proceso de creación de informaciones, la redundancia del sistema y de la variedad. Al respecto, Luhmann asevera:

*...la redundancia no es la única condición de la autopoiesis del sistema. Variedad es la segunda condición. Con esto nos referimos a la cantidad y a la diversidad de operaciones que un sistema reconoce como propias y que puede realizar. Redundancia y variedad son, a primera vista, exigencias contrarias: redundancia es la información que ya se posee para procesar informaciones subsecuentes; variedad es la información que hace falta para eso. Cuanto más grande es la variedad de un sistema, tanto más difícil es deducir de una operación otra, añadiendo sólo un poco más de información –o describirlo adecuadamente- a partir del conocimiento de sólo algunas de sus operaciones; tanto más sorpresas se producen que deben ser procesadas; tanto más largas son las cadenas; tanto más tiempo necesita el sistema...*

*La relación entre variedad y redundancia es, por lo tanto, un orden precario y al mismo tiempo históricamente formado y es precisamente a través de la transformación de esa relación (y no la de los institutos jurídicos) que el sistema reproduce la adaptación (por lo demás siempre presupuesta) al entorno.<sup>317</sup>*

La redundancia es la búsqueda y obtención de informaciones importantes a partir del procesamiento de un conjunto de informaciones que ya se tienen y, que para tal actividad se requiere de la especificidad de la información, es través de la

<sup>317</sup> *Ibidem.*, pp. 422, 424.

variedad que se dan las operaciones que posee el sistema como viables para el procesamiento de información. En el análisis de las operaciones, que el sistema da para la redundancia, se sitúa la argumentación jurídica.

*Para la interpretación jurídica (argumentación) es válida una peculiaridad que fortalece el contexto. La argumentación debe proponer (o fundamentar) una decisión acerca de lo que es conforme (o discrepante) con el derecho. En el sistema de derecho el que se tome una decisión es algo que puede ser exigido, ya que los tribunales no pueden negarse a decidir (y esto es lo que fundamenta su posición central en el sistema). Toda argumentación jurídica que expone la interpretación del texto tiene, por ello, una relación con la decisión: una relación con la decisión sobre los asuntos de otros. Por eso la argumentación jurídica debe estar orientada hacia la comunicación.*

*... no se tiene simplemente que aplicar una regla, sino que se tiene que decidir si se quiere llegar a distinguir. Y esta decisión se tiene que fundamentar en términos de distinción/no-distinción.*

*...La argumentación misma no es ningún proceso normativo: puede quedar desengañada y aprender a partir de ello. Pero su producto puede llegar a solidificar en reglas normativas o principios de manera que, en retrospectiva, la dogmática jurídica pueda ser tenida como "fuente de derecho".*

*A esto corresponde que la argumentación como consecuencia de lo que se entiende expone razones que dan la preferencia a una interpretación particular frente a otra. Además estas razones presentan (con o sin éxito decisivo) en calidad de buenas razones, de razones razonables. En la tradición se llaman "rationes"... Sobre la fundamentación de este fundamento, como ya se ha expresado, lo único que queda es seguir informando a la "razón", en la medida que ella misma se pone en juego. Como resultado, esta praxis de la argumentación razonable le confiere al derecho el carácter de una meditada razonabilidad, una condensación de razones buenas ya probadas...*<sup>318</sup>

<sup>318</sup> *Ibidem.*, pp. 428-430.

La argumentación jurídica, como cualquier otra operación del "sistema derecho", trabaja con la "codificación binaria" conforme a Derecho/no conforme a Derecho, y en esa línea materializa todas sus funciones, *fundamentando* en la misma lógica del sistema, lo que es Derecho y lo que no es parte de él, pero lo hace en términos de inclusión/exclusión propios de un pensamiento binario.

Lo invisible en ello, es la paradoja que se desenvuelve en la unidad de la distinción, las no razones también son parte de las razones y viceversa, porque obedecen a la recursividad del sistema, son condiciones necesarias para su existencia, aunque el juez con la argumentación no reconozca este proceso y, la decisión parezca obedecer únicamente a las "razones", porque la "no razones" son las desechadas.

En todo esto, lo cierto es, que su decisión está inconfesablemente integrada por ambos criterios; en este sentido, tiene que reconocer el problema que implica la razón que expone en su sentencia y tener presente que la decisión que toma es en base una concepción llamada "razón", que de suyo es problemática, porque no puede ser tomada por como criterio absoluto.

Entonces, se plantea más allá de la distinción con la que opera la argumentación, ya lo problemático no sólo es la razón/no razón, sino ¿Qué es la razón?, en el contexto de la argumentación jurídica tendría que ser todo lo que es conforme a Derecho, fuera de esto, se encuentran las no razones.

Esto evidencia que la argumentación no es el elemento que justifica las decisiones judiciales, aunque así quiera observarlo la institución, porque no nos hemos logrado salir de la lógica sistémica; sin embargo, una comprensión de cómo efectivamente funcionan las cosas al interior del Derecho, y un proceso lingüístico

de consenso, sí le permite a los juzgadores diseñar su propio contexto de transformación de la realidad en la que trabajan.

El juzgador tendrá primeramente que decidir si hace la distinción dada por el propio "sistema derecho" -conforme a Derecho/no conforme a Derecho-, o si en su caso, decide elegir qué tipo de distinciones efectúa, en base a qué criterios ideológicos, y con qué tipo de intereses subyacentes en su decisión los está distinguiendo. Si bajo la premisa de independencia judicial justifica cualquier tipo de decisiones, bien puede antes que justificarlas, tomarlas en un proceso que le permita ser más acorde al mundo material, que afectará con sus determinaciones.

a. ¿La razón irracional?, ¿La irracionalidad: condición posibilitante de la razón?

La "razón" es el criterio de verdad empleado por la argumentación jurídica para distinguir lo que es conforme a Derecho y lo que no lo es, pero esta razón, ¿Qué es?, ¿A qué lógica responde, más allá que la que extrae del código binario del Derecho?

Porque calificar de buenas o malas a las razones, necesariamente implicaría remitirnos a categorías de valor altamente subjetivas. La respuesta está en el lado contrario de la formación de los conceptos, tendríamos que pensar las cosas al revés, para emprender el análisis de lo que son, en lo que se excluye está parte de lo que forma el concepto, necesariamente necesita de lo excluido para integrarse, todo lo que una significación *no* es, a su vez es, porque sólo se conoce distinguiendo.

*...Pero el carácter de buena razón que responde al derecho vigente, no tiene ningún carácter, indebitis: puede ser puesto en duda mediante la argumentación y, en especial, mediante nuevas distinciones, porque el derecho (como ya lo sabemos) es derecho escrito. Reglas y razones aparecen normalmente formando una*



*unidad, pero se pueden disociar cuando surgen nuevos problemas o también cuando un "cambio de valores sociales" es estímulo poderoso para ello.... hasta ahora no se ha tomado en cuenta que las razones producen diferencias y que a través de lo que excluyen, remiten así mismas... Porque las razones no son simplemente puntos de vista significativos, sino complejas ordenaciones de ideas que justifican con ellos sus efectos de exclusión. Únicamente en la perspectiva de la reutilización (o como consecuencia de ello) las razones se condensan en forma de reglas para que con ello se haga reconocible (y se pueda citar) su identidad. La reutilización, al mismo tiempo, confirma la razón como adecuada para otras decisiones y con esto le confiere un sentido generalizado y enriquecido.*

*Con todo esto, debe haber quedado claro que las razones ocultan algo: su redundancia. Las razones aplican distinciones en el lado que ha quedado designado y no en el otro lado. Lo que no se puede designar, tampoco se puede utilizar. Lo oculto no puede tomar la función de ser criterio ¿O sí? Esto lleva a la pregunta de cómo lo oculto se puede utilizar para la crítica, sino es que para la "deconstrucción" de la argumentación jurídica.<sup>319</sup>*

En este sentido, las razones producen diferencias y, lo excluido envía a lo que ellas mismas son, tienen la tarea *implícita, sino es que invisible*, de justificar todo lo que excluyeron. El juez en una sentencia justifica por qué su decisión es la correcta, pretende argumentar por qué ante la contingencia propia del "sistema derecho", eligió una solución entre la gama de posibilidades para la acción; se le exige que *fundamente y motive* sus determinaciones – pero en ello, implícitamente se le exige que contribuya a las operaciones del "sistema derecho" y que lo reproduzca-.

En todos estos procesos impone sus determinaciones bajo la racionalidad y verdad legal, pero no pone de manifiesto o demuestra por qué las opciones excluidas no son las *razonables* para resolver el conflicto de intereses,

---

<sup>319</sup> *Ibidem.*, pp. 431-434.

simplemente no las tematiza y, al dejarlas fuera de su análisis, sólo opera recursivamente en el Derecho.

Observemos como las razones se imponen y reproducen al ser reutilizadas; la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte es obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de la Nación, no importando si la misma es conforme a Derecho, es obligatoria, y precisa ser utilizada y reutilizada, para confirmar su racionalidad, como el criterio idóneo para resolver los conflictos.

De esta manera, el Derecho se reproduce y permanece, pero su desarrollo se gesta desde aquello que excluye, se modifica a partir de su contrario, no puede crear algo distinto de sí mismo, a partir de él, necesariamente tiene que transformarse de lo que no lo integra. Es precisamente en esto donde Luhmann observa, la forma en que camina el Derecho, a partir de lo excluido es que modificará sus premisas y en una continua transformación, inclusión/exclusión es que circula en el espacio tiempo.

Los criterios jurídicos imperantes en el Poder Judicial Federal, están en continuo cambio, porque la realidad concreta exige nuevas adaptaciones lingüísticas que reduzcan la tensión entre la realidad, los hechos concretos y la validez del Derecho; pero aquí el cambio de criterios va incluyendo lo que fue excluido en otra interpretación o análisis previo; entonces esto evidencia que el Derecho no puede observarse como un absoluto y, aún menos, los criterios de los tribunales autorizados para decirlo; prueba de ello, son las nueve épocas en que la jurisprudencia ha cambiado, en no pocos casos, diametralmente de razonamiento.

Bajo esta perspectiva, la razón/no razón, ambas son las condiciones de posibilidad para la acción de su contraria, van tejiendo los elementos que regirán en las relaciones jurídicas futuras.

Es problemático pensar que existe una racionalidad absoluta y verdadera, porque de hecho no la hay; en lugar de hacer tales disertaciones, el juez tiene que pensar en términos abiertos que le permitan ver las cosas y el mundo, como un observador de segundo nivel, con una "*actitud realizativa*", receptivo de todas condiciones de posibilidad para la acción presentes en el mundo de lo concreto, en una interpretación del mundo del lenguaje más acorde con la realidad concreta, y no sólo con las razones del Derecho, porque queda evidenciado que la irracionalidad de la razón es su elemento de existencia y reproducción. Entonces, la actividad judicial queda atrapada en su propia tautología.

*...Si, por el contrario, se interpreta el postulado de la justicia como postulado de la consistencia de la decisión (los casos iguales se deben de tratar igual, y los desiguales de manera desigual), se puede considerar la consistencia como redundancia y, con ello, como un lado de la distinción, el otro lado, el de la variedad, obstaculizará de forma evidente que lo justo siga adelante en el mundo del derecho. Lo que se gana adicionalmente con la distinción entre variedad y redundancia es el entendimiento de que el asunto tiene también otro lado. Este otro lado no surge de la cada vez menos de las buenas razones o de las decisiones sin fundamento (resueltas de manera "decisionista") del intérprete del texto, sino de la exigencia de variedad en el sistema, que en condiciones modernas es muy alta.<sup>320</sup>*

El juez debe entender el mundo no sólo en binomio, sino que, el análisis de los conflictos es viable hacerlo desde tantos ángulos como posibilidades en la realidad concreta existan. Ante la contingencia del Derecho, se exige la variedad y se emplea la redundancia para seguir recurriendo a las operaciones del sistema y reproducirlo; el problema es todo aquello que no es tomado en cuenta por el juzgador al momento de resolver, entonces la ciencia jurídica proporciona cada vez más condiciones de posibilidad para la acción, para encontrar la respuesta al conflicto desde el "*sistema derecho*".

---

<sup>320</sup> *Ibidem.*, p. 438.

En este sentido, los casos jurídicos que se presentan exigiendo decisión, aparecen en forma concreta y, por eso, son diversos. Cada caso provoca al sistema para que tome en cuenta la diversidad. La argumentación recibe esta provocación y la transforma en redundancia. La argumentación opera para la redundancia, para ahorrar información y sorpresas. Pero lo hace en relación al tipo especial de problemas que presentan los casos jurídicos, en la praxis. Como resultado esto desencadena una evolución con trayectoria hacia formas que suministran mayor variedad con suficiente redundancia.<sup>321</sup>

*...Pero la mayoría (y la diversidad) de las comunicaciones que dan lugar a los casos jurídicos (y sus problemas correlativos), no provienen del entorno del sistema. Los casos jurídicos (y las comunicaciones a ellos referidas) existen únicamente dentro del sistema y para el sistema. La diferencia entre variedad y redundancia es una forma con la que el sistema opera como sistema-en-un-entorno.*

*Las operaciones del sistema jurídico tienen por necesario comunicar el poder de convencimiento de las mejores razones...*

*Quien concibe la argumentación jurídica únicamente como búsqueda de buenas razones para no cometer errores, describe un sistema determinado por la argumentación. Sólo cuando se toma en consideración la variedad introducida por los casos jurídicos, se puede aprehender el sistema como sistema que permanentemente organiza y aprende por sí mismo.<sup>322</sup>*

Es necesario dar un giro a la argumentación jurídica, que no sólo sea la herramienta que justifique y construya las operaciones dentro del "sistema derecho", sino que por el contrario, evidencie todas las posibles soluciones y, comparativamente, muestre por qué la elegida por el juzgador es la idónea como solución a un caso concreto.

---

<sup>321</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>322</sup> *Idem.*

## b. La fundamentación de las razones

La fundamentación que realizan los órganos jurisdiccionales no siempre se justifica, por ello, analicemos lo postulado por la Teoría de Sistemas:

*Es algo establecido que las razones necesitan ser fundamentadas, ya que hay buenas y malas razones. Además las razones excluyen y esta exclusión requiere un fundamento. Sin embargo con esto no está todavía decidido cómo es que se fundamentan las razones...*

*Naturaleza y razón aún hoy son títulos honoríficos que sirven para decorar las fundamentaciones, ya que la verdadera argumentación se fundamenta (empíricamente sin lugar a dudas) a partir del juicio sobre las consecuencias de las decisiones jurídicas...*

*Las consecuencias internas del sistema son consecuencias y por supuesto está indicado que deban ser tenidas en consideración. Este es un momento enteramente normal de la recursividad de todas las decisiones jurídicas que necesitan ser fundamentadas: se tienen que tomar en cuenta no sólo las decisiones precedentes, sino también las futuras... No se trata de otra cosa que el cultivo de la consistencia usual y de la provisión de la redundancia suficiente.<sup>323</sup>*

Los juzgadores al momento de resolver tienen en cuenta las consecuencias de sus decisiones, principalmente para no caer en incongruencias o generar situaciones contrarias con determinadas decisiones, este aspecto Luhmann lo califica como la creación de consistencia y redundancia, de la cual el "sistema derecho" hace uso para solucionar sus propios conflictos.

Sin embargo en este ejercicio la judicatura no siempre logra hacer cumplir sus determinaciones, pues aunque resuelva teniendo presente los resultados de sus fallos, no siempre acontece que se cumplan y, esta situación, no está prevista por el "sistema derecho", por más informaciones, variedades y redundancias que

---

<sup>323</sup> *Ibidem.*, pp. 441-445.

manejo. Por lo que, el juez tiene que tener en cuenta los agentes de la realidad abstracta que irrumpen en el Derecho, lo modifican y pueden no obedecerlo, porque sólo colocados dentro del sistema, obedecemos al Derecho, porque sólo ahí existe.

*Ante una larga historia de reflexión sobre los fundamentos el sistema reacciona, en cierto modo, de manera perversa; mientras más busca lo absoluto, más encuentra contingencia. Mientras el argumentar se enfrenta a la paradoja de la argumentación y a la imposibilidad de fundamentar las razones, más cambia de lo seguro a lo inseguro, del pasado al futuro, de lo firme sólo a lo probable...*

*...El argumentar produce una secuencia de razones y de consecuencias que, como toda secuencia, sirve para conservar y para volver a aplicar las distinciones... los conceptos acaparan información y producen con ello la redundancia que necesita el sistema...*

*El análisis conceptual está, en función de esto, dirigido a la innovación...*

*Los conceptos construyen un metatexto que sirve de anillo de seguridad a la redundancia del sistema. Una vez que los conceptos han sido elaborados y una vez que los textos del derecho se sirven de su lenguaje, es casi imposible que el argumentar jurídico pueda prescindir de ellos...*

*...Pero los conceptos posibilitan precisamente el despliegue de la tautología, su descomposición en identidades distinguibles a las que se puede hacer referencia para distinguir problemas de derecho....<sup>324</sup>*

Los operadores jurídicos deben estar conscientes de que no existe la verdad legal ni mucho menos los conceptos absolutos, que nos permitan reducir la contingencia de las decisiones judiciales. El mundo no funciona en "codificación binaria": conforme a Derecho/no conforme a Derecho y, no podemos categorizar a los seres humanos dentro de la fórmula inclusión/exclusión.

---

<sup>324</sup> *Ibidem.*, pp. 447-459.

Sentadas las anteriores premisas, la contingencia será inherente a todo mundo de la vida, lo único que desde el lado de la crítica se puede hacer, es apuntar las inconsistencias existentes en el sistema, irritar al mundo, esperando que los que tienen la posición y función judicial amplíen su perspectiva de las condiciones de posibilidad para la acción.

**6. *La argumentación con base en los principios de igualdad y de libertad ¿Recursividad del sistema o conceptos abstractos?***

A modo de introducir al estudio de la argumentación jurídica desde la perspectiva de la Teoría de los Derechos en Serio, como consideraciones finales de la Teoría de Sistemas, no podemos dejar de lado el análisis relativo a los "*principios*".

En las últimas corrientes teóricas se ha pretendido rescatar a los "*principios*" como elementos que el juzgador puede emplear para dar consistencia a las decisiones judiciales; sin embargo, su empleo no es menos problemático que su análisis.

A los tribunales les es conferido el monopolio de la actividad jurisdiccional, pero al mismo tiempo, la única función a la que no pueden negarse: es a resolver. Y es precisamente en esta actividad, que arbitrariamente se hace uso de los "*principios*", como elementos que dan consistencia a las decisiones judiciales, claro, auxiliados de la argumentación.

De la misma forma, los jueces y magistrados aducen a la aplicación o no aplicación de los "*principios*", de acuerdo a si convienen a no a la justificación de su racionalidad; pero es necesario decir, que si de suyo, la argumentación ya es

conflictiva, si le sumamos el empleo de aquellos, parece aumentar lo arbitrario, por el uso de elementos que dan amplio margen al abuso de cualquier elemento que justifique una decisión, que no ha obedecido un proceso de formación que pudiera ser metodológicamente descrito.

*...los tribunales por razones –jurídicas- deben de decidir sobre cualquier demanda que en ellos se presente. Sólo a ellos les incumbe la paradoja del manejo del sistema... Sólo ellos deben, donde sea necesario, transformar la indeterminación en determinación; sólo ellos fingen, cuando es necesario, la indisponibilidad de los principios. Sólo ellos están obligados a la decisión y, por consiguiente, sólo ellos gozan del privilegio de poder transformar la necesidad en libertad...*

*...El fruto de tales confirmaciones puede, a su vez, ser condensado en forma de principios... Más bien estos principios son tratados (o manejados) como puntos de vista últimos de la decisión... Su poder de convencimiento aumenta por el hecho de que son puestos a prueba en circunstancias heterogéneas... El derecho reciente no encontrará propiamente un desarrollo alrededor de sus principios, sino alrededor de todo aquello que parece excluido. Esto que todavía es vigente, se modificará a partir de su reverso.<sup>325</sup>*

Los "principios" entendidos como categorías de valor deóntico, que apelan a concepciones éticas y morales, altamente subjetivas y, que en última instancia, pretenden dar consistencia a decisiones judiciales, porque apelan a los "más altos" valores humanos, sociales, jurídicos, etcétera. Se emplean como elementos inapelables, indestructibles e inatacables con ningún tipo de argumentos (claro argumentos ajenos a la judicatura, porque cuando ésta considera su no aplicación, sí logra argumentar en ese sentido); son elementos que en cualquier tipo de situaciones cobran aplicación por contener disposiciones generales que refieren a los valores sociales (por lo menos a los reconocidos dentro del "sistema derecho").

---

<sup>325</sup> *Ibidem.*, pp. 382, 433.



El problema de las razones para la Teoría de Sistemas, es que cuando éstas intentan extender su campo de conocimiento al entorno sociedad, deben fundamentarse, pero, ¿Sobre qué lo harán?, porque este ejercicio terminaría siendo tautológico; de tal suerte, que terminan generando y haciendo uso de los "principios", los cuales son las mismas operaciones del sistema, pero que con cierta regularidad y frecuencia en constantes de valor sólo inherentes a ellos, son tomadas como variedades del sistema que dan consistencia a las informaciones para reducir la contingencia del "sistema derecho" con su entorno sociedad.

*Quien entienda la fundamentación como el sostenimiento sobre razones, se verá obligado a fundamentar también las razones. El que tiene razones que sirven para fundamentar, necesita principios sólidos. El que fija principios, en última instancia tiene que remitirse al entorno del sistema en donde esos principios son reconocidos...*

*...los principios se podrían considerar como fórmulas de redundancia, fórmulas que parecen ser compatibles con los requerimientos de variedad del sistema.*

*En la medida en la que se reconoce el anacronismo de creer en los principios y lo impactable de fugarse hacía las directivas de procedimiento, no queda otra cosa sino la resuelta resignación al silencio en el estilo de la escuela de Frankfurt o la búsqueda de otras posibilidades de observación más ricas en estructura. Podría pensarse en hacer las preguntas por las "condiciones de posibilidad" de la argumentación jurídica y, al mismo tiempo, sustituir la autología de la razón por un instrumental más fuerte y que tenga más capacidad de cobrar distancia... (es decir: con que distinción) habrá de suceder esto.*

*...Los estímulos que se toman en cuenta en la enseñanza del método jurídico trabajan con un ideario descontextualizado, antiguo... recurriendo a conceptos como tópico, retórica, dialéctica o, finalmente, hermenéutica...<sup>326</sup>*

La inconveniencia del empleo de los "principios" es que al cimentarse sobre bases éticas y morales, analizan los conflictos desde una perspectiva subjetiva,

<sup>326</sup> *Ibidem.*, pp. 410-412.

porque si de suyo, ya es conflictivo el hecho de que el "sistema derecho" observe el mundo bajo el binomio conforme a Derecho/no conforme a Derecho, ahora bajo una perspectiva iusnaturalista, que apela a una racionalidad única, natural y superior, no permite que se integren otro tipo de realidades pertenecientes al mundo de lo concreto, excluyendo todavía más, todo aquello que no es conforme a la racionalidad de los "principios", que se sostienen sobre *lo bueno y lo malo*, de los valores.

El problema radica en determinar en primera instancia: los valores pertenecientes a quién, bajo qué visión del mundo tenemos que trabajar; que por el momento nos baste con el contenido deóntico que tiene el Derecho, ya que el mismo es complicado, como para añadirle a la Moral como instrumento de decisión.

#### *A. El principio de igualdad*

No obstante las deficiencias de los "principios", son altamente empleados como categorías de valores generalizados a otro tipo de sistemas y como criterios de verdad y función, bajo el que debe trabajar el sistema sociedad, excluyendo todo aquello que no se ajuste a los valores sociales.

*Además del símbolo formal de la validez jurídica, el sistema del derecho dispone de una segunda posibilidad de expresar su unidad operativa, bajo la forma del principio de igualdad...La igualdad es la preferencia más abstracta del sistema: el último criterio de atribución de lo que está en conformidad (o en discrepancia) con el derecho, en los casos de disputa. En esa función adopta también el nombre de "justicia"...*

*...La igualdad es una forma que vive gracias a que tiene una contraparte: la desigualdad. La igualdad sin la desigualdad no tendría sentido; y viceversa. Lo igual debe tratarse con lo igual, y lo desigual se debe de tratar de manera desigual... la forma de la*

*igualdad sirve para contrastar las desigualdades. Éstas, a su vez, deben de tener un tratamiento igual dentro de las diferencias descubiertas, hasta que esta igualdad sugiera, nuevamente, la observación y designación de la desigualdad. Como toda comparación, ésta sirve para descubrir las desigualdades y lleva de la mano a la pregunta de si estas desigualdades impiden que se les trate por igual.<sup>327</sup>*

El desarrollo del principio igualdad/desigualdad se nutre recíprocamente para dar paso a cada una de estas nociones, se necesita de la coexistencia de ambos conceptos para funcionar; lo paradójico en esto, es la elevación de los conceptos de justicia e igualdad a verdades absolutas e inmutables, cuando lo cierto es, que estas concepciones están conformadas por su contrario y que necesitan de la desigualdad para confirmarse. Ante este panorama es necesario realizar nuevas observaciones a partir de lo que no son, creando nuevos parámetros de justicia.

A partir de esta proposición de la forma se puede transformar la igualdad en norma. El tratamiento de lo igual servirá entonces como regla, a partir de la cual son posibles las excepciones cuando la desigualdad de los casos sea patente. El tratamiento de lo igual contiene en sí mismo una razón suficiente; lo desigual, en cambio, requiere fundamentación. La simetría de la forma bilateral será convertida en asimetría mediante el esquema: regla/excepción.<sup>328</sup>

La universalidad del principio de la igualdad significa que sólo existen casos iguales en su aplicación: no hay desiguales. Desde esta perspectiva, el teorema de la igualdad representa el sistema dentro del sistema: no requiere razones adicionales. El truco lógico (o el salto lógico de la paradoja hacia la asimetrización de una regla manipulable) consiste en interpretar la forma como norma.<sup>329</sup>

---

<sup>327</sup> *Ibidem.*, pp. 167-168.

<sup>328</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 168.

<sup>329</sup> *Idem.*, paráfrasis.

La igualdad por sí misma no es ningún criterio de igualdad, como la verdad no es ningún criterio de verdad. El esquema igual/desigual se reproduce dentro de sí mismo: sirve como principio de bifurcación del sistema. Bifurcación significa siempre construcción de un orden histórico irreversible; después la autoevaluación de este procedimiento se expresará con el concepto de justicia. Esto le ha conferido a la tradición la posibilidad de exigir, aprobar, criticar...<sup>330</sup>

Una razón más para estabilizar de nuevo a la justicia y garantizar su circulación bajo las condiciones actuales, resulta de la tendencia del Estado de bienestar a instituir programas orientados por fines. Los programas de fines delimitan la selección de medios y construyen así la desigualdad. Su legitimación política está en el principio de inclusión.<sup>331</sup>

### **B. *El principio de libertad***

La libertad tiene que aceptar restricciones jurídicamente aceptadas, la igualdad tiene que aceptar desigualdades jurídicamente aceptadas. El "otro lado" de la libertad y de la igualdad se incluye en el Derecho: la propia diferencia se convierte en objeto de regulaciones jurídicas que puede disponer de ambos lados de las dos distinciones.

Así se confirma nuevamente la diferenciación del sistema jurídico, ya que la regulación se tiene que dar al interior del mismo; se debe tratar de restricciones introducidas de manera jurídicamente válida (es decir, no sólo de restricciones racionales), y se tiene que tratar de la desigualdad de los casos jurídicos y no de la desigualdad de los hombres. Con este despliegue de la paradoja, sin embargo, se postula todo el Derecho como contingente y como positivo. La formulación de

---

<sup>330</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 169-170.

<sup>331</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 292.

los puntos de partida en calidad de "*principios*" o de derechos o de valores, sirve únicamente para encubrir este hecho. La base del Derecho no consiste en una idea que se desempeña como principio, sino en una paradoja.<sup>332</sup>

*Cuando se levanta el velo que cubre la paradoja, se hace evidente cómo el postulado de la justicia sirve como fórmula de contingencia...*

*Un concepto sistémico de justicia es evidente que no se puede realizar de manera puntual a partir de decisiones aisladas. De esta manera el concepto se sustrae (contra la opinión de casi todos los autores que se han ocupado del tema) de la contabilización moral y de la valoración ética. En vez de eso (¡en vez de eso!) se trata de la prevención de errores, lo que ahora quiere decir: prevención de inconsistencias que sean reconocibles. Visto de esta manera, los errores son indicadores operativos para la eventual injusticia del sistema. Al mismo tiempo sirven de forma de conocimiento que permite distanciarse en las decisiones erróneas de los otros; por tanto sirven para reaccionar ante la imposibilidad de la absoluta consistencia de todas las decisiones. Como siempre, los errores siguen siendo un esquema de reconocimiento de la observación de primer orden. En este nivel se intenta evitar y responsabilizar a otros por los errores, pero no se pregunta por las condiciones de posibilidad, ni por la construcción de la redundancia. Sin embargo, para un observador de segundo orden la producción y el mantenimiento de suficientes redundancias aparecen en el centro del interés y para este observador se hace reconocible que existen también otros imperativos en el sistema aparte del de la redundancia (sic).<sup>333</sup>*

El giro que da Luhmann a la concepción de justicia es que no puede concatenársele con consideraciones éticas y morales, en todo caso, se tendría que hablar de una aspiración a condiciones de consistencia en los casos resueltos por los juzgadores, *prevención de errores e inconsistencias reconocibles*, porque los errores en el sistema demuestran las fragilidades del mismo, esto es lo que

<sup>332</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 296-297.

<sup>333</sup> *Ibidem.*, pp. 297 y 421.

para la Teoría de Sistemas, únicamente sería como reconocible, si se quiere hablar de justicia.

Pero la detección de los errores, sólo es factible para la observación de segundo orden; entonces, el problema de la limitación de la justicia no sólo se centra en el hecho de únicamente detectar y corregir los errores dentro del "sistema derecho", y sin hacer nada más. Sin embargo, la organización judicial, como lo estudiábamos en el apartado respectivo, permite el ocultamiento de las decisiones a través de la irresponsabilidad que la organización permite (llámesele independencia judicial); sin que en el fondo de los conflictos se observe el entorno del sistema y de las condiciones que exigen ser incluidas, sólo se genera variedad y se recurre a la redundancia para que se sigan formando las operaciones del Derecho.

Una vez estudiada la Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann y su aplicación al juicio de amparo en México, hemos profundizado en el análisis del funcionamiento del Derecho, de acuerdo a la visión del autor en cita, lo cual nos permite entender los conflictos que se suscitan en la ciencia jurídica, y en concreto, todos aquellos problemas en la aplicación de las normas jurídicas a la resoluciones judiciales.

En el entendimiento de cómo funciona el Derecho, es que los juzgadores están en condiciones de conocer los elementos que conforman la "autopoiesis" del sistema, para que en su actividad jurisdiccional adopten una actitud en la que corrijan las inconsistencias de la ciencia jurídica, para contribuir a la construcción de sentencias judiciales más acordes con la realidad de las partes en conflicto, en las que se justifique la decisión por su efectiva resolución del problema jurídico.

La justificación de las decisiones de los jueces y magistrados, ya no sólo encuentra su apología en términos de lenguaje; sino en la reflexión por parte de los operadores jurídicos del hecho de que el mundo de lo concreto está conformado por una gran gama de valoraciones que no constituyen verdades absolutas y que construyen otras posibilidades para la acción.

Los conflictos no sólo pueden ni deben observarse desde el interior del Derecho, en aras de una reconstrucción del mismo, porque el resultado serán sentencias que únicamente constituyen abstracciones lingüísticas, pero que no transforman el mundo de lo concreto y que sólo contribuyen a la recursividad de la ciencia jurídica. Contrario a ello, la racionalidad judicial debe ampliar su enfoque a las racionalidades de otros sistemas.

En el sentido apuntado, precisados los alcances y efectuado el análisis de la Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann, en el siguiente apartado se estudiará la Teoría de los Derechos en Serio de Ronald Dworkin, eligiéndose a tal corriente de pensamiento porque el Poder Judicial de la Federación frecuentemente emplea los "*principios*" para justificar sus determinaciones, en uso de herramientas propias de la argumentación jurídica resuelve los conflictos jurídicos tales elementos, pero no justifica las razones por las que los implementa.

En este contexto, es necesario abordar el estudio de la Teoría de los Derechos en Serio, porque ésta realiza una reflexión profunda del tratamiento que proporciona a los "*principios*" como elementos plausibles de justificación de las decisiones judiciales; asimismo, se analizará la forma en que dicha teoría plantea la problemática jurídica y la solución que al efecto proporciona. Con el pretendido análisis se busca deliberar a profundidad el tópico de los "*principios*" para considerar la viabilidad de su aplicación en la solución de los conflictos jurídicos en las sentencias de amparo.

## II. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA "TEORÍA DE LOS DERECHOS EN SERIO" DE RONALD DWORKIN, APLICADA AL JUICIO DE AMPARO EN MÉXICO

### 1. Punto de partida de la Teoría de los Derechos en Serio y su aplicación al juicio de amparo mexicano

Dworkin se basa en la filosofía de Rawls y en los principios del Liberalismo Individualista, para pretender construir una Teoría General del Derecho que no excluya ni el razonamiento moral ni el razonamiento filosófico, propone una teoría basada en los derechos individuales, lo cual significa que sin derechos individuales no existe el Derecho.<sup>334</sup>

Rechaza explícitamente las doctrinas positivistas desde la perspectiva metodológica, considerando que una concepción de Derecho que niegue la separación absoluta entre Derecho y Moral, y que no acuda al principio de justicia material preestablecidos, es una doctrina peligrosa.<sup>335</sup>

El ataque al Positivismo que él emprende, se basa en una distinción lógica, entre normas, directrices y "*principios*"; según Dworkin, el análisis positivista deja fuera las directrices y los "*principios*", los cuales no son fácilmente identificables por su origen, pero sí por su contenido y fuerza en la argumentación.<sup>336</sup>

El criterio de identificación de los "*principios*" y de las directrices, debe ser en el sentido de que estas últimas hacen referencia a objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos. Los "*principios*"

---

<sup>334</sup> Calsamiglia, Alberto, prólogo a la obra *Los Derechos en Serio*, 5ª edición, trad. de Martha Guastavino, Barcelona, España, edición, Ariel, 2002, paráfrasis, pp. 7-19.

<sup>335</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>336</sup> *Idem.*, paráfrasis.



hacen referencia a la justicia y a la equidad. Mientras las normas se aplican o no se aplican, los "*principios*" dan razones para decidir en un sentido determinado, pero, a diferencia de las normas, su enunciado no determina las condiciones de su aplicación. El contenido material del principio, es el que determina cuándo se debe aplicar en una situación determinada.<sup>337</sup>

Los "*principios*" además informan las normas jurídicas concretas, de tal forma, que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que en ese caso específico se considera importante.

La distinción entre normas y "*principios*" es el instrumento que se utiliza para rechazar la regla de reconocimiento como criterio para la identificación del Derecho.

Se ha considerado que la Teoría de los Derechos en Serio de Dworkin está inscrita en una lógica Neiusnaturalista, porque sostiene, que el razonamiento jurídico invoca y utiliza "*principios*" que los tribunales desarrollan lentamente mediante un largo proceso de razonamiento y de creación de precedentes. Estos "*principios*" son específicamente morales.

En consecuencia, el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, en el sentido de que los principios morales juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico, especialmente en los casos difíciles. Y por tanto, la tesis central de Positivismo -la separación entre el Derecho y la Moral- es falsa; no se puede separar el razonamiento jurídico del razonamiento moral. Para Dworkin, una interpretación teórica aceptable del razonamiento jurídico requiere de la verdad del Iusnaturalismo.<sup>338</sup>

---

<sup>337</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>338</sup> *Idem.*, paráfrasis.

Sin embargo, Dworkin no es un autor iusnaturalista, porque no cree en la existencia de un Derecho Natural que está constituido por un conjunto de "principios" unitarios, universales e inmutables. Dworkin rechaza el modelo del razonamiento típico del Naturalismo -que se basa en la existencia de una Moral Objetiva que el hombre puede y debe descubrir- intenta descubrir una tercera vía -entre el Iusnaturalismo y el Iuspositivismo- fundamentada en el modelo reconstructivo de Rawls.

Se parte del presupuesto de que el razonamiento moral se caracteriza por la construcción de un conjunto consistente de "principios" que justifican y dan sentido a nuestras intuiciones. Las intuiciones de nuestros juicios son los datos básicos, pero esos datos y esos juicios deben acomodarse al conjunto de "principios". Esta tarea de reconstrucción racional del pensamiento moral no es exclusiva de éste, ya que Dworkin la extiende al pensamiento jurídico.<sup>339</sup>

En resumen, la crítica al presupuesto de la separación absoluta entre Derecho y Moral, le conduce a la reconstrucción de una Teoría del Derecho en la cual la Moral y la Política ocupan un lugar relevante.<sup>340</sup>

Respecto a la función judicial, Dworkin ataca la doctrina positivista de la función discrecional del juez ante casos difíciles en los que no hay ley aplicable exactamente al caso de que se trata, con su tesis de la respuesta correcta. El análisis de los casos difíciles y la incerteza del Derecho, que supone es la estrategia elegida por el autor para criticar al modelo de la función judicial positivista. Un caso es difícil si existe incerteza, sea porque existen varias normas que determinan sentencias distintas -porque las normas son contradictorias-, sea porque no existe norma exactamente aplicable.<sup>341</sup>

---

<sup>339</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>340</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>341</sup> *Idem.*, paráfrasis.

Dworkin sostiene que los casos difíciles tienen respuesta correcta. Es evidente que puede haber situaciones en las que no puede aplicarse ninguna norma concreta, pero eso no significa que no sean aplicables los "*principios*". Dworkin señala que el material jurídico compuesto por normas, directrices y "*principios*" es suficiente para dar una respuesta correcta al problema planteado.

Sólo una visión del Derecho que lo identifique con las normas puede mantener la tesis de la discreción judicial. Cuando nos encontramos ante un caso difícil no es una buena solución dejar en libertad al juez. Y no es una buena solución porque el juez no está legitimado ni para dictar normas ni mucho menos para dictarlas de forma retroactiva, si es que nos tomamos la democracia -y su sistema de legitimación- en serio. Al juez se le debe de exigir la búsqueda de criterios y la construcción de teorías que justifiquen la decisión y ésta debe ser consistente con la teoría.<sup>342</sup>

En este sentido, Dworkin postula que los jueces en los casos difíciles deben acudir a los "*principios*". Pero como no hay una jerarquía preestablecida de "*principios*" es posible que puedan fundamentar decisiones distintas. Entonces sostiene que los "*principios*" son dinámicos y cambian con gran rapidez y que todo intento de canonizarlos está destinado al fracaso. Por esa razón la aplicación de los "*principios*" no es automática sino que exige del razonamiento judicial y de la integración del razonamiento en una teoría. El juez ante un caso difícil debe balancear los "*principios*" y decidirse por el que tiene más peso. El reconstruccionismo conduce a la búsqueda incesante de criterios objetivos.<sup>343</sup>

Dworkin propone el modelo de un juez onmiscente -el célebre Hércules- que es capaz de solucionar los casos difíciles y encontrar respuestas para todos

---

<sup>342</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>343</sup> *Idem.*, paráfrasis.

los problemas. Para ello recurre a la construcción de una teoría coherente, acogiendo la teoría que justifique y explique mejor el Derecho Histórico y el Derecho Vigente.<sup>344</sup>

El núcleo más importante de la crítica al modelo de la función judicial positivista está centrado en el tema de los casos difíciles. Dworkin sostiene, que cuando existen contradicciones o lagunas, el juez no tiene discreción porque está determinado por los "*principios*". Esta tesis está fundamentada en dos argumentos: A) Cualquier norma se fundamenta en un principio; B) Los jueces no pueden crear normas retroactivas. Tienen la obligación de aplicar los "*principios*" porque forman parte esencial del Derecho. Los "*principios*" no son pseudoreglas. En el análisis de los "*principios*" aparece con meridiana claridad, la relación entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico.

Pero el rechazo de la discrecionalidad del juez tiene también motivos políticos. Si se admite la discrecionalidad judicial, entonces los derechos de los individuos están a merced de los jueces. La tesis de la discrecionalidad supone retroactividad. Los derechos individuales sólo son derechos si triunfan frente al gobierno o a la mayoría. Dejar a la discrecionalidad del juez la cuestión de los derechos significa no tomarse en serio los derechos. Frente al poder político del juez -poder creador del Derecho Discrecional- Dworkin propugna la función garantizadora -no creadora- del juez.<sup>345</sup>

La filosofía jurídica de Dworkin está fundamentada en los derechos individuales. Ello significa que los derechos individuales -y muy especialmente el derecho a la igual consideración y respeto- son triunfos frente a la mayoría. Ninguna directriz política ni objetivo social colectivo puede triunfar frente a un auténtico derecho. La garantía de los derechos individuales es la función más

---

<sup>344</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>345</sup> *Idem.*, paráfrasis.

importante del sistema jurídico. El Derecho no es más que un <<dispositivo>> que tiene como finalidad garantizar los derechos de los individuos frente a las agresiones de la mayoría y del gobierno.<sup>346</sup>

El esquema que utiliza Dworkin para explicar la tesis de los derechos está centrado en el análisis de las controversias judiciales. Se podría sintetizar del siguiente modo: A) En todo proceso judicial existe un juez que tiene la función de decidir el conflicto; B) Existe un derecho a vencer en el conflicto y el juez debe indagar a quién corresponde vencer; C) Este derecho a vencer existe siempre aunque no exista norma exactamente aplicable; D) En los casos difíciles el juez debe conceder la victoria a una parte basándose en "*principios*" que le garantizan el derecho; E) Los objetivos sociales están subordinados a los derechos y a los "*principios*" que los fundamentan; F) El juez -al fundamentar su decisión en un principio preexistente- no inventa un derecho ni aplica legislación retroactiva: se limita a garantizarlo.<sup>347</sup>

Realizada una breve introducción a la teoría de Ronald Dworkin, observamos una constante en ella; apelar a que el gobierno se tome los "*derechos en serio*", donde siempre señala a los derechos morales que los ciudadanos han ganado al Estado, con características de derechos individuales.

*...Si no podemos exigir que el gobierno llegue a las respuestas adecuadas respecto de los derechos de sus ciudadanos, podemos reclamar que por lo menos lo intente. Podemos reclamar que se tome los "derechos en serio", que siga una teoría coherente de lo que son tales derechos, y actúe de manera congruente con lo que él mismo profesa...*

*...Decimos que un hombre tiene derecho a infringir la ley, aun cuando el Estado tenga derecho a castigarlo, únicamente cuando pensamos que, dadas sus convicciones, no hace mal en hacerlo.*

---

<sup>346</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>347</sup> *Idem.*, paráfrasis.

*...En nuestra sociedad, un hombre tiene en ocasiones el derecho, en el sentido fuerte, de desobedecer una ley. Tiene ese derecho toda vez que la ley invade injustamente sus derechos en contra del gobierno. Si tiene derecho moral a la libertad de expresión, eso significa que tiene derecho moral a infringir cualquier ley que el gobierno, en virtud de su derecho [el del hombre] no tenía derecho a adoptar...*

*...Hay leyes -tal vez leyes deseables- que le aseguran, esas ventajas, pero la justificación de tales leyes, si es que la tienen, no es su derecho personal, sino el deseo común de una gran mayoría...*

*...Si el gobierno reconoce alguna vez que puede equivocarse -que el Poder Legislativo puede haber adoptado, el Ejecutivo aprobado y el Judicial aplicado, una ley que de hecho recorta derechos importantes-, entonces esta admisión no sólo conducirá a una declinación marginal del respeto por la ley, sino a una crisis del orden. Es posible que los ciudadanos decidan obedecer únicamente las leyes que personalmente aprueben, lo cual equivale a la anarquía. Por eso el gobierno debe insistir en que, sean cuales fueren los derechos de un ciudadano antes de que una ley sea votada por el Congreso y respaldada por los tribunales, en lo sucesivo sus derechos están determinados por esa ley.<sup>348</sup>*

Los "principios" funcionan, por así decirlo, como la base que posibilitará un acuerdo entre agentes que mantienen distintos puntos de vista. En un contexto abierto, como ocurre en las sociedades plurales, este choque de formas de ver y formas de vivir es lo habitual; los "principios" nunca impiden tales desacuerdos ni borran por sí solos las distancias. Son un tipo de normas, prescriben algo que tiene que hacerse, indican una conducta a adoptar. La dificultad para definirlos de manera precisa tiene que ver con las dificultades que plantea el mismo lenguaje moral, por su estructura abierta.

*Los principios se refieren a los "deberes condicionados" o deberes de obligación imperfecta: prescriben algo, pero sólo en el caso de que no haya otro deber más significativo. Los principios introducen*

---

<sup>348</sup> Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, 5ª edición, trad. de Martha Guastavino, Barcelona, España, edición Ariel, 2002, pp. 283-291.

*un enfoque especialmente interesante para las teorías cognitivistas, ya que permiten sostener que la argumentación práctica es racional, que hay analogía entre los criterios de verdad y la corrección práctica. Los principios pueden funcionar también como premisas o como punto de partida para la argumentación práctica. Sin este punto de partida, será imposible sopesar, poner en la balanza las razones a favor y las razones en contra de una decisión concreta.*<sup>349</sup>

A modo de conclusión puede decirse, que los "*principios*" establecen un nivel óptimo o un ideal, cuya validez se encuentra al margen de intereses o de enfoques particulares. En ese sentido, los principios morales definen o "dibujan la línea" de lo aceptable y de lo inaceptable. Su fuerza y aplicación dependerán de los agentes, por eso los "*principios*" solo tienen la fuerza de las razones, y una concentración reducida o indirecta. Los "*principios*", como "mandatos óptimos", traducen a normas lo que dice el punto de vista moral, ese punto de vista que está por encima -pero no al margen- de forma de vida y de contexto. Por tanto, los "*principios*" no son absolutos ni ignoran las contingencias o la situación real de los agentes.<sup>350</sup>

*De modo que, si los derechos tienen sentido, la invasión de un derecho relativamente importante debe ser un asunto muy grave, que significa tratar a un hombre como algo menos que un hombre, o como menos digno de consideración que otros hombres.*

*...El gobierno ha de tomar sus decisiones en condiciones de muy elevada incertidumbre, y la institución de los derechos, si se la toma en serio, limita su libertad de experimentar en tales condiciones.*<sup>351</sup>

Debido a que existe esa necesidad de buena sincronía entre la sentencia y las reglas jurídicas, éstas necesitan estar en concordancia con los principios jurídicos más básicos, aquellos que son el fundamento de las concepciones jurídicas, de las ramas del Derecho o de todo el sistema jurídico. La distinción

<sup>349</sup> López de la Vieja, María Teresa, "Ética y modelo de los principios", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, España, No. 23, 2000, pp. 655-664.

<sup>350</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>351</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 343, pp. 295, 299.

entre principios jurídicos estructurales y principios jurídicos ideológicos puede ser un elemento importante para la elaboración de una Teoría de los Principios Jurídicos, dado que estos dos tipos responden a necesidades diferentes y juegan papeles distintos en la práctica jurídica.

Según la perspectiva positivista, el sistema jurídico es, al menos en lo esencial, un sistema de reglas que se pueden identificar como normas jurídicas sobre la base de su validez y eficacia. Tal sistema jurídico es siempre, por diversos motivos, un sistema abierto, sobre todo, por causa de la vaguedad del lenguaje del Derecho, la posibilidad de conflictos entre normas y la existencia de casos no regulados.

De acuerdo con el modelo de "*principios*", el sistema jurídico está compuesto además de por reglas, de un modo esencial, por principios jurídicos. Los principios jurídicos deben permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no la determinan. La única respuesta correcta o verdadera, sería así, la que mejor pueda justificarse a través de una teoría substantiva que contenga aquellos "*principios*" y ponderaciones de "*principios*" que mejor se correspondan con la constitución las reglas del Derecho y los precedentes.<sup>352</sup>

Tanto las reglas como los "*principios*" pueden concebirse como normas. En tal caso, de lo que se trata es de una distinción dentro de la clase de las normas. Los "*principios*" son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas, normas de un grado relativamente bajo.

El punto decisivo para la distinción entre reglas y "*principios*" es que los "*principios*" son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida

---

<sup>352</sup> Alexy, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, España, No. 5, 1988, paráfrasis, pp. 139-151.



posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los "*principios*" son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.

El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de "*principios*" y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno, y en esa medida, pueden siempre ser solo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena ni más ni menos, las reglas contiene por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente.<sup>353</sup>

Para descubrir lo fuerte que pueda ser una teoría de los "*principios*" desde el punto de vista de su rendimiento, hay que fijarse en la semejanza que tienen los "*principios*" con lo que se denomina valor. La única diferencia consiste en que la colisión entre "*principios*" se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor. "*Principios*" y valores, son por tanto, lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico y en otro caso bajo axiológico, esto muestra con claridad que el problema de las relaciones de prioridad entre "*principios*" se corresponde con el problema de una jerarquía de los valores.<sup>354</sup>

El punto de partida de la Teoría de la Argumentación Jurídica es que en la jurisprudencia se trata en definitiva siempre de cuestiones prácticas, por tanto, de lo que está ordenado, prohibido y permitido. La argumentación jurídica es por ello un caso especial de la argumentación práctica en general. Es un caso especial

---

<sup>353</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>354</sup> *Idem.*, paráfrasis.

porque está situada bajo una serie de vínculos institucionales que brevemente pueden caracterizarse como la vinculación a la ley, al precedente y a la dogmática.<sup>355</sup>

## 2. Las problemáticas de la función judicial en el Positivismo Jurídico

La noción de Derecho con la que actualmente trabajamos es con la Teoría del Positivismo Jurídico, la cual supone que éste se crea en virtud de una práctica social explícita o de una decisión institucional y, rechaza la idea, más romántica y más oscura, de que la legislación pueda ser producto de una voluntad general o corporativa implícita. No acepta la idea de que los derechos puedan preexistir a cualquier forma de legislación.

---

<sup>355</sup> *Idem.*, paráfrasis.

También véase Raigosa Sotelo, Luis, "Jueces, principios y reglas. Una visión pragmática", *Revista Mexicana de Derecho Público*, Distrito Federal, México, No. 2, octubre 2001, pp. 139-150.

"Hemos dicho que la Teoría del Derecho ha desarrollado importantes y exhaustivos análisis acerca de los principios y de las reglas, sus semejanzas y sus diferencias. El uso de los principios por los jueces evidencia que ellos son aceptados como tipos normativos (sic) al lado de las reglas, así como que a diferencia de ellas, requieren un tratamiento distinto, tanto por su diferente textura, como por la actitud que requiere del intérprete o aplicador, puesto que, como sostiene Alexy, permiten una toma de posición o una actitud de todo o nada."

"Por otra parte, los principios suelen ser considerados un tipo argumentativo (sic) y no solamente una norma. Aquí hay que precisar que se señala que los principios son argumentos cuando se les invoca en apoyo a alguna interpretación o con el propósito de colmar lagunas legales. En el segundo caso funcionan de manera similar a la analogía y cumplen una función integradora, mientras que en el caso de interpretación ante la pluralidad de significados de un enunciado, se optará por aquél que mejor se adecue a lo establecido en el principio, cuestión que parece significar que hay una comparación entre una regla y un principio y éste condiciona los posibles significados de un enunciado dudoso de la regla."

"En fin, también es oportuno mencionar la cercanía del argumento por los principios con el argumento sistemático, porque si por sistema jurídico entendemos un conjunto normativo (sic) cuyas parte adquieren sentido a partir de las relaciones con las demás que integran el sistema de manera que tienden a conservar coherencia, completad e independencia, un principio puede ser el punto de identificación de un sistema porque entre otras cosas, los principios son condensaciones de normas, es decir, pequeños sistemas jurídicos."

"En todo caso, la perspectiva pragmática de los principios ayuda a entender la importancia de este tipo normativo en nuestra vida jurídica, especialmente en el campo judicial que es en donde resultan explicitados, y por ende, se aprecia la importancia de precisar y conocer su identificación, explicitación, aplicación por nuestros tribunales. El principio de sujeción a la ley por el juzgador adquiere aquí una dimensión diferente a la que tiene cuando los jueces aplican reglas, ya que en el caso de los principios la apertura de criterio, si bien no discrecionalidad judicial, es mayor que en el caso de las reglas."

Desde la óptica de la Teoría de los Derechos en Serio, a un abogado se le enseña a analizar las leyes y las opiniones judiciales para extraer de esas fuentes oficiales la doctrina jurídica. Se le instruye a estudiar situaciones fácticas complejas a fin de resumir con precisión los hechos esenciales. Y se le enseña a pensar en términos tácticos, a diseñar leyes e instituciones legales que produzcan determinados cambios sociales decididos de antemano. El enfoque profesional de la jurisprudencia procuraba reformar los problemas de esta índole de manera que se pudiera dar cabida en ellos a una o más de estas habilidades. Esta manera de enfocar las cosas no daba más que una ilusión de progreso y, dejaba intactos los problemas jurídicos de principio auténticamente importantes.<sup>356</sup>

El enfoque de la teoría formulada por Dworkin, a diferencia de la Teoría de Sistemas de Luhmann, no centra su atención en cómo funciona el Derecho, sino en cómo se aplica el mismo; sin embargo, sí logramos advertir un elemento común de análisis, el cual apunta a la problemática relativa a que, el Derecho con todos sus formulismos, no resuelve los aspectos de fondo, los verdaderamente trascendentes que se deberían de dilucidar por los juzgadores en las sentencias, esos trasfondos que quedan subyacentes a todo el enmascaramiento de que la ciencia jurídica hecha mano, para cubrir bajo un velo de argumentación, todo aquello indecible, porque incluso es conflictivo para el juzgador dar respuesta a ciertos casos, que Dworkin llama *casos difíciles*, en los que el sistema por más que recurra a la redundancia de sí mismo, no logra dar una herramienta satisfactoria al juzgador para dar respuesta a este tipo de asuntos.

En la observación que hace Dworkin, respecto a la formación de los abogados, es de resaltar el hecho de que la ciencia jurídica recurre a la redundancia del "*sistema derecho*", para corregir las inconsistencias del mismo, pero debemos mirar al sistema, como lo indica Luhmann, como observadores de

---

<sup>356</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 343, paráfrasis, p. 44.

segundo orden, fuera del Derecho, buscando y llevando soluciones provenientes fuera del mismo, ya que el observador no puede observarse a sí mismo, y menos corregirse, porque no está en condiciones estructurales de ser autodidacta, sino lo hace desde su entorno.

En este aspecto es que, cuando el sistema auto observa sus propias inconsistencias, cree que con señalarlas y reconocer la problemática, ya dio una solución; por ejemplo, que avance significaría que la Suprema Corte de Justicia de la Nación hiciera un análisis de todas las inconsistencias metodológicas de su proceso de toma de decisiones, si sólo lo hace para justificarse, no para iniciar un proceso transformador de su realidad lingüística. Actualmente emplea la argumentación jurídica como la herramienta que le permite justificar plenamente todas sus decisiones y, de hecho, lo logra, al menos lingüísticamente; pero si no está dispuesta a observar al entorno sociedad, al cual afecta con sus determinaciones, no alcanzará una transformación positiva de su función.

Las inconsistencias tienen que observarse como un observador de segundo orden, ya que de lo contrario, caemos en el supuesto apuntado por Dworkin, en la ilusión de progreso, se dejan intocados los conflictos jurídicos trascendentes.

Dworkin propone la transformación de la perspectiva de la función judicial, no desde el análisis del funcionamiento del Derecho, sino desde la teoría que hace que se mueva. Introduce el manejo de los "*principios*", dentro de las normas y las directrices, como los elementos no reconocidos explícitamente por el Derecho, pero que son aquellos con los que en última instancia resuelven los tribunales y que están integrados en los precedentes judiciales.

*El abogado conoce muy bien estos hechos de la doctrina jurídica, pero no tiene claro si los hechos se contradicen con el principio. Un daño, ¿es culpa de un hombre si lo comete alguien que está a cargo*

*de él, o si resulta de sus propios actos debido a circunstancias que él no tenía posibilidad de prever? Estas cuestiones exigen un análisis del concepto moral de culpa, no del concepto jurídico, que el abogado ya entiende; pero precisamente lo que ha ignorado el enfoque doctrinario de la jurisprudencia inglesa es el uso moral del concepto.*<sup>357</sup>

En la Teoría de los Derechos en Serio, hay una reformulación de la manera en que los juzgadores deben resolver los casos difíciles, en el empleo de los "principios" como elementos latentes en todo el sistema jurídico, Dworkin, lo que pide es centrar la atención en el hecho de que el Positivismo Jurídico no puede negar que en el Derecho están integrados "principios", probablemente ocultos, pero que son los parámetros con los cuales decide la ciencia jurídica. En el ejemplo que expone nos remite al análisis de cuestiones no jurídicas, aparentemente,<sup>358</sup> ubicándonos en la construcción del Derecho, desde el enfoque de un "principio".

Lo que hace Dworkin es traer a la discusión la siguiente interrogante: ¿Los jueces siempre siguen las normas, incluso en casos difíciles y controvertidos o establecen algunas veces normas nuevas y las aplican retroactivamente? En casos tan llamativos, la Corte da razones, no cita leyes, sino que apela a principios políticos y de justicia. ¿Significa esto que, después de todo, la Corte se atiene a normas, aunque sean de calidad más general y abstracta? Si es así, ¿De dónde provienen esas normas abstractas, qué es lo que les confiere validez? ¿O significa esto, que la Corte está decidiendo el caso de acuerdo con sus propias creencias morales y políticas?<sup>359</sup>

En la forma en que están contruidos los cuestionamientos anteriores, nos hacen pensar que la arbitrariedad, propia de la actividad judicial obedece a

---

<sup>357</sup> *Ibidem.*, p. 45.

<sup>358</sup> Asevero aparentemente, porque el Derecho, es completamente deóntico, no podemos negar su contenido ético-moral.

<sup>359</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 343, paráfrasis, p. 48.

razones morales más elevadas, que a meras evidencia de cómo efectivamente funciona el "sistema derecho"; sin embargo, al margen del análisis de los "principios", el juez es arbitrario, porque las leyes no pueden abarcar todos los supuestos del mundo de lo concreto, ya lo decía Habermas, en este enfrentamiento hay una tensión entre facticidad y validez; es decir, una confrontación entre los hechos, la interpretación de los mismo, y en todo ello, el Derecho pretendiendo ser válido para todos -por supuesto, los incluidos en la ciencia jurídica-.

*Los juristas no necesitan pruebas para demostrar que los jueces discrepan y que con frecuencia sus decisiones reflejan sus antecedentes y su temperamento. Lo que les intriga, sin embargo, es si eso significa solamente que los jueces difieren sobre la naturaleza y en el sentido de los principios jurídicos fundamentales, o si demuestra que no hay tales principios.*<sup>360</sup>

Dworkin en un rechazo del Positivismo Jurídico formula su crítica a la discrecionalidad judicial, al mismo tiempo niega y rechaza los postulados del lusnaturalismo; pero por otro lado, enfrenta al Derecho con su contenido moral, exige a los positivistas el reconocimiento de que el razonamiento jurídico tiene contenidos morales; y para ello, propone la observación de los "principios", que tienen dicho contenido, pero sin reconocer la existencia de un Derecho Natural, al que apela en sus características en el rescate de los "principios", pero no en el contenido del mismo; esto constituye una grave contradicción que su teoría no logra superar.<sup>361</sup>

<sup>360</sup> *Ibidem.*, p. 49.

<sup>361</sup> La Teoría de los Derechos en Serio, tiene un postulado de contradicción teórica, porque obliga a la observación del Derecho, desde un elemento externo y superior a él, la Moral, en el cual cree, que logra superar todas sus deficiencias e indica que las diversas ramas del enfoque profesional de la jurisprudencia fracasaron por la misma razón básica: "...ignoraron el hecho crucial de que los problemas de jurisprudencia son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hechos legales ni de estrategia. Estos problemas quedaron enterrados por la insistencia en un enfoque jurídico convencional. Pero, si la jurisprudencia ha de tener éxito, debe poner al descubierto estos problemas y encararlos como problemas de la teoría moral." Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, 5ª edición, trad. de Martha Guastavino, Barcelona, España, edición Ariel, 2002, p. 51.

*Mientras no tengamos en claro qué práctica o qué juicio moral refleja el Derecho, no podremos criticarlo con inteligencia; pero una vez aclarado esto, aún nos resta preguntarnos si tal práctica o juicio es sensato, o si está bien fundado o si es congruente con los otros principios a los cuales el Derecho pretende servir.*

*...el enfoque de la jurisprudencia que insiste en el principio no puede limitarse a mostrar simplemente los vínculos entre la práctica social y la jurídica, sino que ha de continuar examinando y criticando la práctica social, comparándola con normas independientes de coherencia y de sentido.<sup>362</sup>*

Dworkin aduce al juicio moral contenido en el Derecho, como si este fuera un principio superior, universal, con características propias del Derecho Natural; sin embargo, no observa cómo efectivamente funciona la ciencia jurídica, sino que hace descansar su teoría en un agente externo, que si se emplea a través de los "principios", salvará todas las incongruencias inherentes al sistema. Apela a un absoluto, que si es obedecido y observado, se terminan las inconsistencias propias de la tensión entre el mundo de lo concreto y el mundo del lenguaje. La Teoría de los Derechos en Serio, analiza al "sistema derecho", como un observador de primer orden, desde el interior del Derecho.

La crítica de Dworkin al Positivismo Jurídico, la hace descansar en el hecho de que asevera, que ni siquiera en los casos claros, en que estamos seguros que alguien tenía una obligación jurídica y la infringió, podemos dar una explicación satisfactoria de qué es lo que eso significa, o por qué eso da derecho al estado para castigar o coaccionar al individuo; ya que cuando el juez decide un conflicto ejerciendo su discreción, no está imponiendo un derecho jurídico en lo referente a ese conflicto, sino que esto no es más que un armazón del Positivismo.

---

<sup>362</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 343, pp. 52, 58.

### 3. Los "principios" de Dworkin

#### A. Las normas, los "principios" y las directrices políticas bajo la perspectiva de Dworkin

Dworkin llama directrices políticas al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos).<sup>363</sup>

En cambio por "*principios*" entiende a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la Moral.<sup>364</sup>

Indica que la diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es y, entonces, no aporta nada a la decisión.<sup>365</sup>

Los "*principios*" que Dworkin postula, parten de la base de una concepción moral, intenta describir el Derecho a partir de sus propias distinciones y recursividad.

---

<sup>363</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 52, 72.

<sup>364</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>365</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 74-75.



La tarea especial de la autodescripción del sistema jurídico no consiste en la justificación de la decisión altamente diferenciada, sino en la representación de la unidad, de la función, de la autonomía y de la indiferencia del sistema jurídico. La distinción entre normas y hechos (de cardinal importancia para el sistema) no se identifica en el sentido de facticidad, sino en el sentido de normatividad. Esto significa que para el sistema resulta inaceptable considerar las normas como meros hechos (por ejemplo, como expectativas fácticas de comportamiento). En lugar de ello, se privilegia -ante el trasfondo indiscutible de la necesidad de las normas para la continuación de la sociedad- una simbolización tautológica de la normatividad: las normas designan aquello que es debido.<sup>366</sup>

El Positivismo descansa en la suposición de una unidad entre el Estado y el Derecho. En nuestros días, después del desgaste que sus fundamentos cosmológicos han sufrido, el partido de la razón deriva en la autodescripción de los medios de la argumentación propios del sistema y, basado en ello y fundamentándose en el sistema mismo, afirma que, de hecho, existe algo así como las buenas (y no tan buenas) razones, los "*principios*" razonables o los valores últimos como valores obligatorios del sistema.

En la actualidad, la discusión se centra en los escritos de Ronald Dworkin. De esta manera, la Teoría de la Razón se inclina cada vez más por una justificación exclusivamente polémica, con la tesis de que la renuncia a las razones, a los fundamentos o a los valores últimos y comunes, deposita todo en manos de lo arbitrario. Quien niegue esto, es visto como alguien destructivo: nihilista, anarquista, decisionista, oportunista, positivista. Resulta entonces tentador insinuar (o abiertamente afirmar) que tales teorías se encuentran en condiciones -pudiendo dada la ocasión, conducir a ello- de legitimar cualquier

---

<sup>366</sup> Luhmann, Niklas, *op. cit.*, nota 247, paráfrasis, pp. 571, 573.

delito en la sociedad y, sobre todo, de legitimar jurídicamente los delitos políticos.

367

Por supuesto esto conduce, en primer término, únicamente al problema de qué sea aquello que tenga o no validez, porque hacer descansar una teoría en términos morales, nos remite al sistema mismo, pero aún más problemático, a determinar quién dispondrá la Moral imperante y, por ende, los "*principios*" bajo los cuales el Derecho debe sustentarse. Es sumamente frágil y peligroso dejar a la subjetividad, la tarea de la coherencia y consistencia del Derecho y, más aún, a las decisiones judiciales en casos difíciles darles como solución la observancia de los más altos principios morales del Derecho, esto implica la síntesis de lo más controvertido y endeble del Positivismo y del Iusnaturalismo.

*Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren...quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y en el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene.*

*Las normas no tienen esta dimensión. Al hablar de reglas o normas, podemos decir que son o que no son funcionalmente importantes... En este sentido, una norma jurídica puede ser más importante que otra porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento. Pero no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso.*

*Si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida.*<sup>368</sup>

<sup>367</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 594-595.

<sup>368</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 343, pp. 77-78.

Es un error observar a los "*principios*" como concepciones absolutas, porque la formación del pensamiento no es así, se crea y evoluciona a partir de postulados previos que se van modificando, sin que haya elementos inamovibles, este es el desencanto de las ciencias exactas, que no pueden proporcionar la veracidad en todo momento, se construye continuamente a partir del acoplamiento estructural entre los diversos sistemas, si de suyo, ya es problemático aminorar los efectos de la aplicación de las leyes a una realidad a la que no corresponden, menos se reduce la tensión entre lo concreto y el lenguaje jurídico si se hace bajo criterios de valor subjetivos.

Aunado al hecho de que el peso que se da a los "*principios*" en cada país o región es diferente; entonces, cómo reconciliamos las diferencias ideológicas que necesariamente se trasladarán a los "*principios*", por ejemplo en el Derecho Internacional. La visión de Dworkin es local y altamente paternalista, propia del pensamiento norteamericano, parte de la premisa de que existe un *ente* superior, que en conjunción con los derechos de los ciudadanos debe subyacer ante las *injusticias* del gobierno, esos derechos que deben subsistir por el tiempo, que hacen que funcionen las relaciones sociales y que son terreno ganado ante las maquinaciones de un poder.

Lo que Dworkin no ve, es que la justicia es el otro lado de la injusticia, que los derechos individuales que defiende, necesitan de su continua transgresión para su supervivencia y construcción en el espacio y en el tiempo. No hay nada superior al gobierno, Estado o a los seres humanos que les dicte como deben comportarse, es un entramado de reproducción de condiciones de dominación, de poder en el que juegan países, gobierno y ciudadanos al mismo tiempo, sólo se da un cambio de estafeta en las condiciones de dominación. El mundo de la vida, en la comunicación no puede ni debe entenderse en "*codificación binaria*", los

"derechos en serio" pretender ver al mundo en términos morales: bueno/malo, ¿Qué es lo bueno? ¿Qué es lo malo? ¿Y para quién?

### B. Los "principios" y el concepto de Derecho

De acuerdo con la Teoría de los Derechos en Serio, donde los principios funcionan con el máximo de fuerza y tienen el mayor peso es en los casos difíciles. En éstos, los "*principios*" desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas. Una vez decidido el caso, el fallo crea una norma determinada. Pero la norma no existe antes de que el caso haya sido decidido; el tribunal cita "*principios*" que justifican la adopción de una norma nueva.

Por consiguiente, un análisis del concepto de obligación jurídica debe dar razón del importante papel de los "*principios*" cuando se trata de llegar a determinadas decisiones jurídicas.

El "*principio*" es una opción entre dos conceptos de un principio jurídico, una posibilidad que podemos esclarecer si la comparamos con la elección que podríamos hacer entre dos conceptos de una norma jurídica.<sup>369</sup>

Dworkin parte de la idea de que existen "*principios*" inmutables en el Derecho, cuando lo más a lo que puede aspirar el sistema, es a la consistencia de las decisiones jurídicas, a la detección de errores y análisis de los mismos, en la exigencia de variedad, que en cualquier de las soluciones necesariamente nos remitirá a la contingencia del sistema.

---

<sup>369</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 80-81.

En el caso de México, resulta peligrosa la remisión y el empleo de los "principios", porque como lo estudiábamos en la organización de la jurisdicción, esta última garantiza la irresponsabilidad de que se tome la decisión bajo el criterio más subjetivo, baste de ejemplo el estudio realizado por Luis Pásara en su obra intitulada *Cómo sentencian los jueces del Distrito Federal en materia penal*,<sup>370</sup> en el cual hace un análisis de diversas sentencias en materia penal en las que se consideraron los contenidos y estructuras de las sentencias, las pruebas, el razonamiento de la decisión, los actores en el proceso y los resultados en materia de condenas, como corolario se analizaron, asimismo, aspectos de forma.

El punto relevante en todo esto, es que se realizaron entrevistas a jueces penales, en las que el autor concluye en una parte, lo siguiente:

*En las entrevistas efectuadas se ratificó que la diversidad en cuanto a la estructura de la sentencia es una constante que se considera aceptable y dentro de la normalidad. La explicación acerca de por qué en un juzgado determinado se adopta cierta estructura y no otra, parece guardar relación con la tradición en la que se formó el juez a cargo y, más específicamente, "depende de con qué magistrado se haya uno formado como juez", según explicó un magistrado entrevistado.<sup>371</sup>*

El problema del empleo de los "principios" dentro del Poder Judicial Federal, es que la formación de jueces y magistrados sigue siendo bajo un sistema tutorial, ya sea a cargo de los ministros de la Suprema Corte o de los magistrados que forman jueces y secretarios, transmitiéndoles los "principios", bajo los que aprenden a resolver, los cuales no siempre obedecen a valores democráticos o de justicia social, sino a intereses de poder.

---

<sup>370</sup> Pásara, Luis, *Cómo sentencian los jueces del Distrito Federal en materia penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, paráfrasis, p. 7.

<sup>371</sup> *Idem.*

La entrevista es muy clara, "depende de con qué magistrado se haya uno formado como juez", aseveró un magistrado; el problema de este sistema de selección de jueces y magistrados, ya se ha discutido, pero ahora arroja otro conflicto: la transmisión de su Moral, que Dworkin emplea como "*principios*".

*Las dos maneras de enfocar los principios...El primer punto de vista trata de principios como vinculantes para los jueces, de modo que éstos hacen mal en no aplicar los principios cuando vienen al caso. El segundo punto de vista trata los principios como resúmenes de lo que la mayoría de los jueces hacen <<por principio>> [o <<se hacen el principio de hacer>>] cuando se ven obligados a ir más allá de las normas que los obligan.*<sup>372</sup>

Dworkin indica que los "*principios*" son vinculantes para los jueces, en cuyo caso, éstos tienen la obligación de aplicarlos cuando vienen al caso; en este aspecto, habría que profundizar aún más, ¿Bajo qué criterios consideraremos que la aplicación de los "*principios*" debe hacerse? ¿En todos los casos, o sólo en los casos difíciles?, si aseveramos que sólo en los últimos, la pregunta sigue remitiéndonos recursivamente a la búsqueda de la consistencia del Derecho, ¿Qué características tienen los casos difíciles? ¿Cuál autoridad dispondrá cuando un caso es difícil? Este tipo de semánticas nos conducen irremediabilmente a estudiar los conflictos desde el Derecho, sin que haya posibilidad de pensar en otras formas de entendimiento.

### C. La discrecionalidad judicial en Dworkin

Veamos lo que postula Dworkin al respecto:

*Es posible que esto no escandalice a muchos lectores, pues la noción de discreción judicial ha rebasado el ámbito jurídico, pero de hecho ejemplifica uno de los problemas más espinosos que llevan a los filósofos a preocuparse por la obligación jurídica. Si privar al*

---

<sup>372</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 343, pp. 81-82.

*acusado de la propiedad no se puede justificar en casos como éstos, apelando a una obligación establecida, se le ha de encontrar otra justificación, y todavía no ha aparecido ninguna satisfactoria.*

*En el esquema básico del positivismo que diseñé antes, enumeré como segundo principio la doctrina de la discreción judicial. Los positivistas sostienen que cuando un caso no puede subsumirse en una norma clara, el juez debe ejercer su discreción para discernir sobre el mismo, estableciendo lo que resulta ser un nuevo precedente legislativo. Puede haber una relación importante entre esta doctrina y la cuestión de cuáles de los dos enfoques de los principios jurídicos debemos adoptar. Hemos de preguntarnos, por ende, si la doctrina es correcta y si, como parece a primera vista, lleva implícito el segundo enfoque. Sin embargo, mientras nos aproximamos a estos problemas, tendremos que depurar nuestro concepto de la discreción.<sup>373</sup>*

La discrecionalidad judicial, Dworkin la entiende como la más grande amenaza al Positivismo Jurídico, en casos en los que no hay una norma exactamente aplicable al caso de que se trata, el juez bajo el velo de su discrecionalidad judicial decide arbitrariamente el asunto, creando una nueva norma, sin estar legitimado para ello.

Sin embargo, contrario a lo sostenido por la Teoría de los Derechos en Serio, el juez siempre ejerce su facultad discrecional, incluso en circunstancias en las que los casos son claros y existe la norma exactamente aplicable al conflicto de intereses; toda vez, que como se aseveraba en el apartado de la racionalidad jurídica en el estudio de la Teoría de Sistemas, el juzgador en todos los casos consciente de la verdadera función de la *norma*, que es otorgar expectativas generalizadas de comportamiento, que trabajan sobre la *idealización* de que efectivamente serán aplicadas, bajo la codificación *conforme a Derecho/no conforme a Derecho*, tiene que reducir la contingencia en su aplicación.

---

<sup>373</sup> *Ibidem.*, pp. 82-83.

Es decir, a sabiendas de las limitaciones propias del Derecho y de las operaciones que emplea para funcionar, tales como, las normas jurídicas y, que éstas sólo trabajan en un código bivalente; el juez tiene que limitar el número de respuestas posibles, las cuales deben ser producto de un proceso de toma de decisiones, que tenga en cuenta la perspectiva de la *argumentación jurídica* desde la teoría que explica como funciona el Derecho, para que conociendo los obstáculos a superar dentro del mismo, con una *visión integradora de las racionalidades de otros sistemas, logre decisiones de consenso, que aspiren a reconciliar las diferencias propias de cada sistema y del entorno o, por lo menos, reducir en la aplicación del Derecho, la tensión entre lo hipotético de la norma, la incertidumbre en la que resuelve, lo subjetivo del proceso mismo de conocer e interpretar la norma jurídica, los hechos, con el enfrentamiento de la realidad concreta, que es finalmente donde todo el proceso jurisdiccional impactará.*

Así que, en este sentido, el juez siempre hará uso de su facultad discrecional, incluso en la aplicación de los "*principios*", es más, en este punto, es en el que de modo frecuente incide, porque en su selección necesariamente le lleva a emplear criterios subjetivos y personales, ¿Qué acaso, esto no implica una actividad completamente discrecional?

*El concepto de discreción sólo es adecuado en un único tipo de contexto; cuando alguien está en general encargado de tomar decisiones sujetas a las normas establecidas por una autoridad determinada... La discreción, como el agujero en una rosquilla, no existe, a no ser como el área que deja abierta un círculo de restricciones que la rodea. Es, por consiguiente, un concepto relativo. Siempre tiene sentido preguntar: <<Discreción, ¿según que normas?>> o: <<Discreción, ¿según que autoridad?>> Generalmente, el contexto simplificará la respuesta a esta cuestión, pero en algunos casos, el funcionario puede tener discreción desde el punto de vista, pero no desde otro.*

*A veces hablamos de <<discreción>> en un sentido débil, simplemente para decir que por alguna razón, las normas que debe*



*aplicar un funcionario no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento. Usamos este sentido débil cuando el contexto todavía no lo aclara, cuando la información básica con que cuenta nuestro auditorio no contiene esa información.*

*A veces usamos el término en un sentido débil diferente, para decir únicamente que algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada o anulada por otro funcionario. Hablamos así cuando el funcionario forma parte de la jerarquía de funcionarios estructurada de tal manera que algunos tienen autoridad superior, pero en la cual las pautas de autoridad son diferentes para las diferentes clases de decisiones.<sup>374</sup>*

El juez siempre ejerce discrecionalidad en todos sus actos, porque no existe la posibilidad de que haya leyes exactamente aplicables a los hechos, ninguna norma se puede aplicar mecánicamente; desde este punto de vista, el juez al momento de interpretar los hechos y las pruebas, ejerce cierta discrecionalidad, porque ello es inherente a su proceso de discernimiento del mundo de lo concreto. Debemos aseverar que debido al proceso de conocimiento, el juez no es imparcial, aunque la institución a la que pertenece afirme lo contrario.

En cuanto al segundo sentido débil de la *discreción* que maneja Dworkin, debemos decir, que esto más que obedecer a pautas de discrecionalidad, es la manera en cómo efectivamente funciona la organización de la jurisdicción y la irresponsabilidad que la misma garantiza en la toma de decisiones, porque en el manejo de jerarquías al interior de la institución y en el uso de concepciones como independencia judicial, se asegura que las decisiones tomadas en condiciones de incertidumbre no tengan efectos negativos en la persona del juzgador.

En este sentido, se protege al juez del efecto de sus *buenas o malas* decisiones, porque se consideran tomadas a nivel institucional y, por ello, no tienen repercusión en lo personal. Esta realidad judicial, no es *discreción* en

---

<sup>374</sup> *Ibidem.*, pp. 83-84.

sentido débil -como lo asevera Dworkin, es funcionamiento de la organización, así trabaja el "sistema derecho".<sup>375</sup>

*Llamó débiles a estos dos sentidos para distinguirlos de otro, más fuerte. A veces hablamos de <<discreción>> no simplemente para decidir que un funcionario debe valerse de su juicio para aplicar los estándares que le impone la autoridad, o que nadie ha de revisar su ejercicio del juicio, sino para afirmar que, en lo que respecta a algún problema, simplemente no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión... Usamos este sentido no como comentario de la vaguedad o dificultad de las normas, ni para referirnos a quién tiene la última palabra en su aplicación, sino para aludir a su alcance y a las decisiones que pretenden controlar.*

*Debemos evitar una confusión tentadora. El sentido fuerte de la palabra discreción no equivale a libertad sin límites, y no excluye a la crítica. Casi cualquier situación en la cual una persona*

<sup>375</sup> Véase *Semanario Judicial de la Federación*, op. cit., nota 32, Tesis: 1a./J.8/98, Registro No. 196637, Novena Época, Primera Sala, t. VII, marzo de 1998, p. 140, jurisprudencia.

"AUTORIDAD RESPONSABLE. LO ES LA SALA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CUANDO SE RECLAMA UNA RESOLUCIÓN DICTADA POR ELLA, EN FORMA COLEGIADA O UNITARIA, EN UN ASUNTO DE SU COMPETENCIA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). **El hecho de que**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 43, 44 y 45 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, **las Salas puedan dictar sus resoluciones en los asuntos de su competencia en forma colegiada o en forma unitaria**, dependiendo del tipo de resolución, no significa que existan dos jurisdicciones diferentes, pues, en todo caso, **el órgano jurisdiccional sigue siendo uno solo, la Sala, y propiamente es ésta quien dicta la resolución, independientemente de si lo hace en forma colegiada o unitaria**. Por tanto, para cumplir con el requisito que establece la fracción III de los artículos 116 y 166 de la Ley de Amparo, cuando se reclame en un juicio de amparo una resolución dictada por una Sala en un asunto de su competencia, deberá señalarse como autoridad responsable a la Sala. No obstante que los objetivos que se persiguen al establecerse como requisito que en la demanda de amparo se señale a la autoridad responsable, son que ésta pueda ser llamada a juicio a defender la constitucionalidad de su acto y, en su caso, que el tribunal de amparo conozca a quién exigir el cumplimiento de la sentencia protectora, en su señalamiento debe exigirse al quejoso tanta exactitud como sea necesaria para que se cumplan los dos objetivos que se persiguen, de manera que, aun cuando no la señale con toda claridad, pero de modo tal que se esté en posibilidad de llamarla a juicio y de saber a quién exigir, en su caso, el cumplimiento de la sentencia protectora, **la falta de exactitud no debe ser motivo para considerar improcedente el juicio, más aún ni siquiera para prevenir al quejoso para que subsane la falta de precisión**. Consecuentemente, cuando se reclama a través del juicio de amparo una resolución dictada por un integrante de la Sala, el quejoso cumple con el requisito que establece la fracción III del artículo 116 de la Ley de Amparo si señala como autoridad responsable a la Sala, así como específicamente al Magistrado que la dictó, incluso, a los Magistrados integrantes de ésta; debiendo, en todo caso, tenerse como responsable a la Sala." Véase la contradicción de tesis 99/97, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Quinto, Séptimo y Octavo en Materia Civil del Primer Circuito, de cuya discusión derivó la tesis en cita. (El resaltado es nuestro).

*actúa...pone en juego ciertos estándares de racionalidad, justicia y eficacia.*

*La discreción de un funcionario no significa que sea libre para decidir sin recurrir a normas de sensatez y justicia, sino solamente que su decisión no está controlada por una norma prevista por la autoridad particular en que pensamos al plantear la cuestión de la discreción.*

*...la doctrina de la discreción judicial de los positivistas...sostiene que si un caso no está controlado por una norma establecida, el juez debe decidir mediante el ejercicio de la discreción.*

*La proposición según la cual cuando no se dispone de una norma clara se ha de ejercer la discreción, en el sentido de <<juicio>>, es una tautología.*

*Debemos, pues, examinar la doctrina de la discreción judicial en el sentido fuerte.<sup>376</sup>*

No existen jueces parciales/imparciales, su actividad es completamente discrecional, porque su proceso de conocimiento del mundo así es, para ellos y para todos los seres humanos, porque conocemos la realidad concreta a partir de unidad distinción, el problema es cuando en ese proceso de discernimiento sólo se observa el código del Derecho: conforme a Derecho/no conforme a Derecho, porque la multiplicidad de relaciones sociales no se entreteje en esos términos.

Entonces, el juez no puede ser menos discrecional o no serlo, entendiendo la discrecionalidad en la concepción positivista que ataca Dworkin: "...cuando un caso no puede subsumirse en una norma clara, el juez debe ejercer su discreción para discernir sobre el mismo, estableciendo lo que resulta ser un nuevo precedente legislativo."

Al margen de que las normas sean o no claras, no hay hechos ni pruebas claros, en esta tesitura es que es dable afirmar, que el juez siempre se ve obligado

<sup>376</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 343, pp. 85-88.

a resolver en términos oscuros y a enjuiciar en condiciones de incertidumbre; máxime, si puntualizamos que no conoció los hechos controvertidos a través de sus sentidos, de tal manera, que en la tarea de reconstrucción que hace de los mismos (que siempre realiza) ejerce discrecionalidad.

**a. Los argumentos de Dworkin en defensa de los "principios"**

Veamos que postula el autor en cita:

*1) Un positivista podría sostener que los principios no pueden ser vinculantes...Pero en el carácter lógico de un principio no hay nada que lo incapacite para obligarle...Cuando decimos que una norma es obligatoria para un juez, eso no significa otra cosa sino que debe seguirla si viene al caso, y que si no lo hace, habrá cometido por ello un error...La cuestión seguiría siendo por qué ese tipo de obligación (de cualquier modo que le llamemos) es diferente de la obligación que imponen las normas a los jueces, y por qué nos autoriza a decir que los principios y las directrices no son parte del derecho, sino simplemente normas extrajurídicas que los tribunales <<usan de manera característica>>.<sup>377</sup>*

Entre las explicaciones que Dworkin formula para desvirtuar los posibles ataques a los "principios", señala que, no puede negarse la vinculación y lo obligatorio de los "principios" para el juzgador, por el hecho de que sean distintos a las normas; pero el problema en esta aseveración es que se analiza a los "principios" como si fueran absolutos e infalibles.

Sin embargo, cuando el juzgador se encuentra ante la disyuntiva de elegir entre dos de ellos, que tienen igual jerarquía de valor, dice Dworkin, que el juez deberá elegir el de mayor peso. No obstante y, contrariamente a lo aseverado por el autor en cita, este ejercicio, no es en nada diferente al que el juez se ve confrontado a realizar en la aplicación de las normas jurídicas. Se desafía al juez a

<sup>377</sup> *Ibidem.*, pp. 88-89.

los mismos conflictos de aplicación del Derecho, es decir, a la posibilidad de que los "*principios*" y las directrices políticas sean igualmente contradictorias entre sí

Entonces, por qué debemos observarlos como entes extrajurídicos, si constituyen la redundancia creada por el "*sistema derecho*", para intentar dar solución a los conflictos del Derecho, ante las antinomias, pero el problema es que sólo nos da una respuesta circular y recursiva al mismo sistema, que de fondo no nos proporciona buscar las respuestas fuera del Derecho.

*2) Un positivista podría argumentar que, aun cuando algunos principios sean obligatorios, en el sentido de que el juez debe tenerlos en cuenta, no pueden determinar un resultado en particular...es indudablemente cierto que los principios individuales no determinan resultados, pero esto no es más que otra manera de decir que los principios no son normas...Los principios...orientan un decisión en un sentido, aunque no en forma concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan...Si un juez cree que los principios que está obligado a reconocer apuntan en una dirección y que los principios que apuntan en otra, si los hay, no tienen el mismo peso, entonces debe decidir de acuerdo con ello, así como debe seguir lo que él cree que es una norma obligatoria. Por cierto que puede equivocarse en su evaluación de los principios, pero también puede equivocarse al juzgar que la norma es obligatoria.<sup>378</sup>*

La argumentación en defensa de los "*principios*", aludiendo a que su principal característica es que no son normas, es algo evidente, y se justifica la indeterminación de las decisiones tomadas al cobijo de los mismos, por el hecho de que no son normas, pero ya evidenciábamos que adolecen de las mismas problemáticas en su aplicación a un caso concreto.

Si consideramos a los "*principios*" como criterios orientadores de las decisiones de los juzgadores y en el discernimiento que haga el juzgador de su

---

<sup>378</sup> *Idem.*

aplicación a los hechos controvertidos concatenados con las pruebas, Dworkin asevera, que en presencia de dos "*principios*" en colisión, *el juzgador debe seguir lo que él cree que es una norma obligatoria*; entonces aquí vale decir, que si el juez necesariamente en estos casos, tiene que remitirse a sus convicciones, en esta guisa, detrás del matiz de un principio, resolverá de acuerdo a su formación jurisdiccional; especialmente, en el caso de México, por el sistema tutorial bajo el que fueron enseñados jueces y magistrados.

*3) Un positivista podría afirmar que los principios no pueden considerarse como derecho porque su autoridad, y mucho más su peso, son discutibles por naturaleza. Es verdad que generalmente no podemos demostrar la autoridad o el peso de un principio determinado como podemos a veces demostrar la validez de una norma, localizándola en un acta del Congreso o en la opinión de un tribunal autorizado. En cambio podemos defender un principio -y su peso- apelando a una amalgama de prácticas y de otros principios en la cual cuenten las implicaciones de la historia legislativa y judicial, junto con referencias a prácticas y sobreentendidos comunitarios.*

*Pero difícilmente se puede tomar la incompatibilidad de los principios con la teoría de los positivistas como un argumento en virtud del cual se deba tratar a los principios de alguna manera determinada. Esto constituye un razonamiento circular.*<sup>379</sup>

Si la firmeza de los "*principios*" la hacemos depender de que sean observables en las prácticas legislativas y judiciales, habría que señalar a qué tipo de prácticas nos referimos, ¿a qué se refiere Dworkin cuándo defiende los "*principios*" por su vinculación a *sobreentendidos comunitarios*?

Los "*principios*" no son las *buenas* intenciones del juzgador ni del legislador ni aquellas prácticas que están por encima del Estado, que han sido ganadas por los individuos en la defensa de sus derechos. Si hacemos depender la consistencia de las decisiones judiciales en el uso de los "*principios*", tendríamos

<sup>379</sup> *Ibidem.*, pp. 89-90.

que remitirnos a un análisis de categorías de la Moral y de la Ética y, examinar, en qué medida tendrían que incidir en el Derecho, pero finalmente se aplicarían como prácticas impuestas, porque la racionalidad bajo la que se formulan responden a creencias del mundo de la vida que no son intersubjetivamente compartidas.

*Si los tribunales pueden modificar las normas establecidas, entonces naturalmente tales normas no serían obligatorias para ellos, y por tanto no serían derecho según el modelo positivista. Por consiguiente, el positivista debe argumentar que hay estándares, que en sí son obligatorios para los jueces, que determinan cuándo el juez puede anular o alterar una norma establecida, y cuándo no.*

*¿Cuándo se le permite, entonces, a un juez, que cambie una norma jurídica existente? Los principios figuran de dos maneras en la respuesta. Primero, es necesario, aunque no suficiente, que el juez considere que el cambio favorecería algún principio, que así viene a ser el que justifica el cambio.*

*Pero cualquier principio no sirve para justificar un cambio, porque entonces ninguna norma estaría jamás a salvo. Debe haber algunos principios que cuentan y otros no cuentan, y debe haber algunos que cuentan más que otros. Eso no podría depender de las preferencias del propio juez, entre multitud de normas extrajurídicas, todas respetables y, en principio, elegibles, porque si así fuera, no podríamos decir que ninguna regla fuese obligatoria. Siempre podríamos imaginarnos un juez cuyas preferencias entre los estándares extrajurídicos fueran tales que justificasen un cambio o una reinterpretación radical, incluso de la más firmemente arraigada de las normas.*

*En segundo lugar, cualquier juez que se proponga cambiar la doctrina existente debe de tener en cuenta algunos estándares importantes que desaconsejan apartarse de la doctrina establecida, y que son también, en su mayoría, principios.<sup>380</sup>*

La discrecionalidad del juzgador es un elemento inherente a su cargo, recordemos que ya lo decía Luhmann, *lo único a lo que el tribunal no se puede negar es a resolver*. En este contexto, casi todo le es permitido para que

<sup>380</sup> *Ibidem.*, p. 91.



*administre justicia*, toda esta gama de atribuciones pretenden posibilitarle para cumplir sus funciones.

Cuando el juez interpreta la ley, en no pocas ocasiones, termina modificándola, pero tal ejercicio no debemos dilucidarlo en el sentido de que la norma interpretada y modificada no es obligatoria para el intérprete, porque el juez al analizar su aplicación actúa como intérprete de la misma y no como parte en el proceso.

En este sentido, la discusión que plantea Dworkin, de que "*si los tribunales pueden modificar las normas establecidas, entonces naturalmente tales normas no serían obligatorias para ellos y, por tanto, no serían Derecho según el Modelo Positivista*", es estéril, porque el hecho de que el juzgador interprete la norma y la modifique, ese análisis que efectúa, sólo es aplicable al proceso que estudia, al caso concreto sometido a su consideración y no puede trasladarse a su ámbito de derechos personales.

La interpretación que los tribunales hacen de las normas, es una facultad inherente a su cargo, no les es dable dejar de decidir, es lo único que el sistema no les permite hacer; pero el objeto de la interpretación también obliga al intérprete, sólo en el caso en que este sea parte en un proceso. Sin que la interpretación y modificación de la norma, implique que no es obligatoria para el intérprete.

El juez no es parte en la controversia que tiene que resolver, es intérprete, la norma interpretada no le obliga en su contenido, porque no está colocado en el supuesto hipotético de la misma, en lo personal, como ciudadano, él con su conducta de juzgar, no se actualiza en el supuesto interpretado, decir lo contrario, equivaldría a indicar que en el juicio no sólo se dilucidan los derechos de las



partes, sino también los del juzgador. En este sentido, la actividad de interpretación, puede llegar a modificar la norma, pero ello no implica que no obligue al juzgador cuándo éste se coloque como ciudadano en el supuesto hipotético que la misma preceptúa.

Si como lo afirma la Teoría de los Derechos en serio, al juez le está permitida la modificación de las normas, cuando considere que el cambio favorecería a algún tipo de "*principio*" y, que en este supuesto, se justifica la modificación. Esto necesariamente remitirá al juzgador a dilucidar subjetivamente las condiciones que analiza, a confrontar los hechos del mundo de lo concreto, ya no con construcciones preceptivas del mundo del lenguaje (normas), sino con idealizaciones, que si de suyo, es problemática la reconciliación de las expectativas normativas de comportamiento con la realidad concreta, más conflicto causa la intercesión de los "*principios*" para resolver problemas fácticos.

La tensión entre facticidad y validez es difícil, porque implica asumir el riesgo de la contingencia de la decisión. Ahora, si el juez está dispuesto a asumir un riesgo que confronte elementos de la realidad concreta con idealizaciones éticas y morales, ¿Cómo resolverá este tipo de tensión, en la ponderación de estos aspectos?, ya no justificará su decisión, no le quedará más remedio que imponerla.

#### **D. La regla de reconocimiento al momento de resolver un caso judicial**

En la crítica de Dworkin al Positivismo Jurídico y, en especial a Hart, indica que las aseveraciones de este último, en cuanto a la regla de reconocimiento, entendida como el hecho de que la mayoría de las normas del Derecho son válidas porque alguna institución competente las promulgó. Algunas fueron creadas por un órgano legislativo, en forma de estatutos. Otras fueron creadas por

los jueces que las formularon para decidir casos particulares y las establecieron así como precedentes para el futuro.

Asevera Dworkin que, ese tipo de certificación no sirve para los "*principios*", cuyo *origen* como *principios jurídicos* no se basa en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de *conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo*. La continuación de su poder depende de que tal sentido de la conveniencia se mantenga.<sup>381</sup>

*Para abogar por un sentido en particular hemos de luchar a brazo partido con todo un conjunto de estándares cambiantes, que evolucionan e interactúan (y que en sí mismos son más bien principios que normas), referentes a la responsabilidad institucional, a la interpretación de la ley, a la fuerza persuasiva de diversos tipos de precedentes, a la relación de todo ello con las prácticas morales contemporáneas y con multitud de otros estándares semejantes.*<sup>382</sup>

Si Dworkin hace depender la permanencia de los "*principios*" de un sentido de *conveniencia* u *oportunidad* que en la sociedad se desarrolla con el tiempo. Sería oportuno preguntar a qué se refiere ese sentido de conveniencia, en el cual se fundamenta la permanencia de los "*principios*".

Con la anterior aseveración, se está apelando a un estado de valores, cuya jerarquía será calificada por las ideologías y grupos en el poder, que determinarán de acuerdo a sus percepciones lo *conveniente* para la sociedad y, esto formará un "*principio*", que claro como lo dice Dworkin permanecerá, pero no porque se inmutable y absoluto, sino porque quedará impuesto, hasta en tanto haya un cambio de ideología y de poder, que imponga un nuevo principio.

<sup>381</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 94-95.

<sup>382</sup> *Idem.*

Asevera la Teoría de los Derechos en serio que, si ninguna regla de reconocimiento (jurídica) puede proporcionar un criterio para la identificación de principios, ¿Por qué no decir que los "*principios*" son decisivos y que ellos forman la regla de reconocimiento de nuestro Derecho?<sup>383</sup>

En la pregunta anterior, es necesario hacer la siguiente precisión: el hecho de que los "*principios*" no provengan de una fuente del Derecho, y que por más esfuerzos que se hagan por darles vinculación, no se logra que se se vean como obligatorios, porque no están sujetos a una regla de reconocimiento, ya sea legislativa o judicial. Ello no tiene porque remitirnos a aseverar, como lo hace Dworkin, a que los "*principios*" en sí, son la regla de reconocimiento, sí lo serían pero sólo en la lógica de que son impuestos por una ideología dominante y en ese sentido, no son inmutables, son utilitaristas.

Para Dworkin, la regla de reconocimiento es insuficiente, porque ella da cuenta sólo de las normas jurídicas, no así de los "*principios*" que dice existen en el Derecho. Y así, al ser utilizados en la práctica, la regla de reconocimiento queda corta al tratar de explicar el fenómeno jurídico.

Además, según el autor, la regla de reconocimiento sirve para explicar la validez de las normas jurídicas, pero lo que no toma en cuenta es que los "*principios*" que integran el Derecho no son válidos o inválidos, sino que se utilizan por conveniencia u oportunidad, defendiéndose por los pesos y argumentos que tienen a su favor.

De esta forma, la validez de las normas se demuestra haciendo alusión a la regla de reconocimiento, mientras que los principios se pueden fundamentar

---

<sup>383</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 99.

solamente "apelando a una amalgama de prácticas y de otros principios en los cuales cuentan las implicaciones de la historia legislativa y judicial, junto con referencias a prácticas y sobre entendidos comunitarios".<sup>384</sup>

Cómo dijimos anteriormente, para Dworkin el Derecho no solo se compone de normas jurídicas, sino que al lado de éstas existen los "*principios*" y las directrices políticas. Vamos a ver ahora como se distinguen estos conceptos y cómo Dworkin establece la existencia de los "*principios*" en el Derecho.

Esta distinción radica en una diferencia lógica, mientras las normas jurídicas establecen un supuesto, un hecho o acontecimiento que se debe realizar para que se produzcan sus consecuencias jurídicas, los "*principios*" no prevén lo anterior, ya que no contemplan consecuencias en caso de que se actualice un supuesto, sino que los "*principios*" establecen razones de peso o importancia.

Otra diferencia estriba en que las normas jurídicas fijan en forma delimitada sus excepciones; sin embargo, en los "*principios*" éstas no se conocen generalmente, si tiene excepciones, pero –según Dworkin– no es requisito fundamental conocerlas, como lo es tratándose de normas jurídicas. Así, en tanto que las normas establecen condiciones necesarias para su aplicación, los "*principios*" contienen razones de peso para su implementación.

Los argumentos políticos para Dworkin son aquellos que justifican una decisión política, demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad. En cambio un argumento de "*principio*" justificaría una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho individual o de grupo.

---

<sup>384</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 100.

Para Dworkin estos argumentos políticos son propios del Poder Legislativo, son aquellos que los legisladores toman en cuenta para promulgar o no determinada ley, y así cumplir con programas en beneficio de la sociedad.<sup>385</sup>

#### 4. La racionalidad de Dworkin aplicada a los casos difíciles

La Teoría de los Derechos en Serio asevera, que en los casos difíciles, los juristas creen que en la labor judicial, las decisiones de los jueces están limitadas por las tradiciones jurídicas, sin dejar de ser por eso personales y creadoras. Se dice que las decisiones nuevas reflejan la Moral política propia de un juez, pero también reflejan la que se haya incorporada en las tradiciones del Derecho Consuetudinario, que bien pueden ser diferentes.

Los jueces no deciden los casos difíciles en dos etapas, primero verificando donde se acaban las limitaciones institucionales para después dejar a parte los libros y echar a andar por su cuenta. *Las limitaciones institucionales que perciben son sutiles y penetrantes, y perduran en la decisión misma.* Necesitamos, por consiguiente, una explicación de la acción recíproca entre Moral personal e institucional que sea menos metafórica que explique más ajustadamente esa influencia mutua.<sup>386</sup>

##### A. La solución de los casos difíciles con argumentación en base a "principios"

Dworkin propone a los "*principios*", como los elementos que coadyuvan a los juzgadores a resolver los casos difíciles y, para ello, hace la distinción definiendo primero lo que no se debe entender comprendido dentro de ellos. En primer lugar, indica que los argumentos de "*principio*" se proponen establecer un

---

<sup>385</sup> Vega Gómez, Juan, "Los principios de Dworkin: Un análisis", *Concordancias*, Chilpancingo, Guerrero, México, Año 3, No. 5, 1998, paráfrasis, pp. 174-186.

<sup>386</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 343, paráfrasis, p. 153.

derecho individual; a diferencia de los argumentos políticos que se proponen establecer un objetivo colectivo. Los "*principios*" son proposiciones que describen derechos; las políticas son proposiciones que describen objetivos.

Un objetivo es una finalidad política no individualizada, es decir, un estado de cosas cuya especificación no requiere así ninguna expectativa o recurso o libertad en particular para individuos determinados. Así, los "*principios*" que resultan convincentes para los miembros de una comunidad determinada estarán casualmente determinados por los objetivos de dicha comunidad. Si alguna nueva disposición de los derechos sirviera mejor al bienestar colectivo de esa comunidad, debemos esperar, de acuerdo con esta tesis, que a su debido tiempo las convicciones morales se modificarán, favoreciendo esa nueva disposición.<sup>387</sup>

*En los casos difíciles, la argumentación jurídica gira en torno de conceptos controvertidos...se incluyen también dos conceptos de mucha mayor importancia para lo que en este momento discutimos. El primero es la idea de la <<intención>> o <<propósito>> de una determinada ley o cláusula. Este concepto sirve de puente entre la justificación política de la idea general de que las leyes crean derechos, y aquellos casos difíciles que plantean qué derechos ha creado una ley determinada. El segundo es el concepto de principios que están <<en la base de>> o <<incorporados en>> las normas jurídicas positivas. Este concepto sirve de puente entre la justificación política de la doctrina de que los casos semejantes deben ser decididos de manera semejante y aquellos casos difíciles en que no esté claro qué exige esa doctrina general. Juntos, estos conceptos definen los derechos legales como función -aunque una función muy especial- de los derechos políticos.*

*...Los conceptos de intención de la ley y los principios del derecho consuetudinario son los recursos para la aplicación de esa teoría política general a problemas controvertibles sobre los derechos.*<sup>388</sup>

<sup>387</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 158-159.

<sup>388</sup> *Ibidem.*, pp. 176-177.

En este punto de la Teoría de los Derechos en Serio, observamos un elemento que parece trascendente, problemático y común: el papel que juega la argumentación jurídica en la justificación de las decisiones judiciales. En este apartado, es necesario decir que Dworkin, al igual que Luhmann, observa el conflicto que representan ciertos casos, en especial aquellos difíciles, en los cuales, el juez trata de desentrañar el propósito, intención o sentido de una ley u otro acto jurídico generador de derechos y/o obligaciones.

Dworkin le da un enfoque diferente al anterior aspecto, aseverando que este ejercicio interpretativo tiene de trasfondo una justificación de la actividad política del legislador, como creadora de derechos y, el enfrentamiento del juez. Al confirmar que la ley contiene un derecho, que ante el conflicto de intereses que necesariamente tiene que resolver, tiene que descubrir si los derechos controvertidos por las partes en los casos difíciles corresponden con los que la ley contiene. En toda esta actividad Dworkin insinúa la existencia de un "*principio*" implícito en la forma en la que ha de decidir el juzgador.

En el mismo tenor observa, que la exigencia al juzgador de que en casos iguales se den respuestas iguales, en ello, se define un "*principio*". Con estas dos observaciones, lo que se señala como "*principios*" en la actividad judicial, Luhmann lo definiría como un acoplamiento estructural entre el "*sistema derecho*" y el "*sistema político*", cuya relación es parasitaria porque no crea nada nuevo, el acoplamiento únicamente busca que las relaciones de ambos sistemas se den sin tener que salirse de su propia lógica.

#### a. El juez Hércules de Ronald Dworkin

Veamos que postula el autor en cita:

*Por consiguiente, haríamos bien en considerar de qué manera, en los casos adecuados, el juez filósofo podría elaborar teorías sobre qué es lo que exigen la intención de la ley y los principios jurídicos...Para este propósito he inventado un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, a quien llamaré Hércules. Supongo Hércules es juez en alguna jurisdicción importante de los Estados Unidos. Supongo que acepta las principales normas constitutivas y regulativas no controvertidas del derecho en su jurisdicción. Es decir que acepta que las leyes tienen el poder general de crear y extinguir derechos, y que los jueces tienen el deber general de ajustarse a las decisiones anteriores de su tribunal o de tribunales superiores cuyas bases lógicas, como dicen los juristas, abarquen el caso que tienen entre manos.<sup>389</sup>*

En caso de conflicto, el juez Hércules de Dworkin, deberá integrar todos los "principios" del sistema jurídico y si colisionan dos o más de ellos, dará *primacía al de mayor peso*, porque de acuerdo a esta concepción, éstos no se contradicen ni se excluyen en su aplicación, sólo hay que ponderarlos de acuerdo a la teoría de integración que formule el juzgador, en cuyo caso, dependerá del caso concreto, la selección y calificación de qué "principio" es el que tiene mayor peso, sin que se invalide permanentemente el otro, como sí sucede en el caso de las normas jurídicas, que en caso de contradicción entre ellas, se aplica una y la otra no. Con los "principios" no sucede esto, uno pesa más que el otro, en razón de las circunstancias.

Es en atención a las premisas anteriores que la Teoría de los Derechos en Serio, formula la tesis de que el juez nunca debe ejercer su facultad discrecional, porque aun cuando en el sistema jurídico no haya una norma exactamente

---

<sup>389</sup> *Idem.*



aplicable al caso de que se trate, el juez Hércules, siempre podrá hacer uso de los "principios" para llenar esos vacíos legales. Sin necesidad de que en la interpretación se de origen a normas nuevas, porque además de que el juez no está legitimado, para ello ni es su función, no es necesario que recurra a este tipo de prácticas, sí tiene la disponibilidad de integrar los "principios".

*Supongamos que en la jurisdicción de Hércules hay una constitución escrita que estipula que ninguna ley será válida si establece una religión. La legislación promulga una ley que concede transporte escolar gratuito a los niños de las escuelas parroquiales. La concesión, ¿establece una religión? Las palabras de la estipulación constitucional podrían servir de apoyo a ambos puntos de vista. Pero Hércules tiene que decidir si la niña que está ante él tiene derecho a su transporte escolar.*

*Podría empezar por preguntarse por qué la constitución tiene el poder de crear o anular derechos. Si los ciudadanos tienen un derecho básico a la salvación por mediación de una iglesia establecida, tal como muchos creen, entonces ése debe ser un derecho importante. ¿Por qué el hecho de que, hace varios siglos, un grupo de hombres haya votado de otra manera impide que este derecho básico se convierta igualmente el derecho legal? Su respuesta debe tener aproximadamente la forma siguiente. La constitución establece un esquema político general lo suficientemente justo como para darlo por firme por razones de equidad. Los ciudadanos gozan de los beneficios de vivir en una sociedad cuyas instituciones están dispuestas de acuerdo con ese esquema y se rigen por él, y deben aceptar también sus desventajas, por lo menos hasta que entre en vigor un esquema nuevo, ya sea en virtud de enmiendas graduales o de una revolución general. Pero Hércules debe preguntarse después cuál es, exactamente, el esquema de los principios fijados; esto es, debe construir una teoría constitucional.*

*Debe organizar una teoría de la constitución, configurada como un conjunto complejo de principios y directrices políticas que justifique ese esquema de gobierno... Debe enriquecer esa teoría refiriéndose alternativamente a la filosofía política y a los detalles institucionales. Debe generar teorías posibles que justifiquen los*

*diferentes aspectos del esquema y poner a prueba las teorías en función de la institución global.*<sup>390</sup>

En el caso expuesto por Dworkin, parte de la premisa de que la constitución es un conjunto coherente y ordenado de disposiciones, que recogen los más altos valores sobre los que se erige la sociedad, de tal forma, que concebida de esta manera, de ella sólo pueden provenir "*principios*" como el de "*justicia*".

En el mismo sentido, propone que ante esta estructura perfectamente ordenada, Hércules sólo tiene que averiguar el esquema de "*principios*" fijados en la organización constitucional y, con arreglo a ellos, formar una teoría que le permita reconstruirlos, igualmente a las directrices políticas que justifiquen el esquema de gobierno contenido en el texto constitucional.

Este tipo de concepción no puede operar en una constitución como la nuestra en la que encontramos antinomias, que ni siquiera son tematizadas por el Derecho, baste decir como ejemplo a esto, que el juicio de amparo no es procedente en contra de algún precepto constitucional o, incluso de la misma Ley de Amparo. Por lo que hace a los "*principios*" insertos en la constitución, ello no responde a una democracia, sino a la manera en que se configura el poder.

En atención a todo esto y, en contravención a lo postulado por Dworkin, considero que el juez Hércules, más que sólo tener que averiguar el esquema de "*principios*" fijados en la constitución y, revisar los "*principios*" contenidos en ella, tendría que analizar si hay disposiciones legales en el texto constitucional y en las demás leyes pertenecientes al ordenamiento jurídico, que den solución al caso en concreto y, analizar a la luz de todo esto, la manera en como está formado el "*sistema derecho*" y, por ende, todo la codificación jurídica.

---

<sup>390</sup> *Ibidem.*, pp. 177-179.

Más que hacer una integración de "*principios*", en la que corre el riesgo de sólo unificar los suyos en conjunción con sus creencias. Debe tener presente las limitaciones del Derecho, contribuyendo en su función jurisdiccional en la realización de un análisis de cómo efectivamente funciona el Derecho en el mundo de lo concreto y, cómo es que preceptúa que debería de ser ese mundo. En este sentido, que no sólo subsuma la ley al caso concreto, debe verificar si la misma da solución al asunto y no sólo justificar la decisión, sino que ésta tenga una correspondencia con las circunstancias concretas del conflicto entre las partes.

El problema de la Teoría de los Derechos en Serio, es que no analiza la forma en la que funciona la ciencia jurídica y parte de considerar al ordenamiento jurídico en su conjunto como racional; claro que sí lo es, pero de acuerdo a su propia lógica. En ese contexto, la interpretación que haga el juzgador de los hechos, derechos, pruebas, etcétera, no será sino una reconstrucción de los errores sistémicos, y cuando busque la integración de los "*principios*", lo que realizará es la impresión de sus propias creencias, sin poder mantenerse al margen de las determinaciones ideológicas que permean la reconstrucción de un texto constitucional en la búsqueda de los "*principios*", que según Dworkin están contenidos en el mismo.

Ya que las inspiraciones ideológicas que llevaron al constituyente original a redactar una ley en determinado sentido, así como, la realidad social imperante en el momento de su promulgación, no es la misma que imperará al momento de que el juez aplique la ley a un caso y lo resuelva, es otro momento histórico y, por ello, las motivaciones originales contenidas en la exposición de motivos, no siempre resultan de utilidad para resolver la sentencia y menos para justificarla. Entonces: ¿Qué tipo de "*principios*" recogerá el juzgador?

*En la sociedad contemporánea, el discurso del derecho no es  
igualitario, porque se deriva de un sistema productivo de poder-*

*dominación. Ese derecho ideología constituye un sistema de "universal inclusión" cerrado, que sólo ve a sí mismo en sus reglas y dogmas de construcción. Por lo tanto, es ciego hacia fuera, porque no ve otra realidad diversa a la construida por sí mismo.*

*El derecho ideología quisiera prever jurídicamente todo, pero como ello no es posible, porque el derecho no puede abarcar todo, ni todas las actividades humanas, entonces ese mismo derecho genera, a la vez, un mundo de "universal exclusión". Es decir, genera violencia sobre el mundo de lo concreto o el mundo del lenguaje que no está previsto o sujetado por la norma jurídica. Es la violencia legitimada por sí misma, que requiere ser y expresarse para defenderse y permanecer, porque no es legítima. Lo otro, lo que queda afuera de la "universal inclusión", se convierte como su consecuencia, en "universal exclusión", esto es, en lo que no es posible y no existe, para la inclusión, aunque esté ahí. "La selectividad del derecho implica que todo es posible a través del derecho, pero además significa que aquello que es posible, lo es sólo a través del derecho. Esta es la razón del universo ciego y cerrado de la inclusión, que provoca violencia contra aquellos sujetos que no se ajusten al prototipo de las instituciones jurídicas."<sup>391</sup>*

Para el juez, el tener una visión de cómo efectivamente funciona el "sistema derecho", le ayuda a reconciliar los sucesos de la realidad concreta con los textos legales al momento de su aplicación, porque consciente de todas las inconsistencias del Derecho, está en posibilidad de adaptar su decisión a las circunstancias de caso sometido a su jurisdicción y al texto de la ley, en una construcción de una decisión judicial que busque la congruencia entre el mundo de lo concreto y el mundo del lenguaje.

*De hecho, cuando los buenos jueces tratan de explicar en términos generales de qué manera trabajan, buscan metáforas que describan las restricciones a que se sienten sometidos incluso cuando suponen que está legislando, restricciones que no serían apropiadas si fueran legisladores. Dicen, por ejemplo, que las nuevas normas se les*

<sup>391</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 258, p. 22.

Las comillas finales hacen referencia a la cita realizada por el autor de Giorgi, Raffaele de, "Filosofía del Derecho y sistemas sociales", *Revista Cuadernos de Posgrado*, UNAM, Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán, No. 11, 1998.

*aparecen como inmanentes en el Derecho como tal, o que están imponiendo una lógica interna del Derecho por mediación de algún método que pertenece más a la filosofía que a la política, o que éstos son los agentes mediante los cuales el Derecho se purifica, o que el Derecho tiene una especie de vida propia, aunque esto pertenezca más a la experiencia propia que a la lógica. Hércules no debe contentarse con esas famosas metáforas y personificaciones, pero tampoco ha de conformarse con ninguna descripción del proceso judicial que ignore el atractivo que éstas tienen para los mejores juristas.*<sup>392</sup>

En este punto del análisis, ya observamos cómo Dworkin tiene un punto de crítica, más que al Positivismo Jurídico a la manera en que los jueces argumentan y justifican sus decisiones al realizar interpretaciones en casos difíciles, por ejemplo, cuando apelan al espíritu de la ley, a la lógica del Derecho, por mencionar algunos.

Sin embargo, si de suyo, este tipo de argumentaciones ya son problemáticas, el conflicto se agudiza cuando se trata de argumentar el uso de "principios" y su integración a la decisión judicial, como elementos apologéticos de los razonamientos jurisdiccionales, porque también para justificar su uso se requiere del empleo de semánticas endebles que no son fácilmente extraíbles de la Teoría Constitucional y, menos aún, de los valores que según Dworkin están contenidos en la práctica judicial, en asuntos difíciles.

*...Si Hércules descubre que alguna decisión previa, ya sea una ley o una decisión judicial, es actualmente muy criticada dentro de la rama pertinente de la profesión, ese hecho, por sí solo, caracteriza a esa decisión como vulnerable. En segundo lugar, debe recordar que el argumento de equidad que exige coherencia no es el único argumento de equidad al cual debe responder el gobierno en general, o los jueces en particular. Si, completamente aparte de cualquier argumento de coherencia, Hércules cree que una determinada ley o una decisión determinada era errónea porque no era equitativa, dentro del concepto de equidad que es propio de la*

<sup>392</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 343, p. 185.

*comunidad, esa creencia es suficiente para caracterizar la decisión como vulnerable. Por supuesto, debe aplicar las orientaciones teniendo en cuenta la estructura jerárquica de su justificación general, de manera que las decisiones tomadas en los niveles inferiores estén subordinadas a las pertenecientes a niveles superiores.*<sup>393</sup>

El hecho de que Hércules tenga la capacidad de discernir entre decisiones vulnerables, esto no sirve de mucho, especialmente, tratándose de sistemas jurídicos como el de México, en el que, no obstante que el juzgador detecte que un criterio es vulnerable, si se trata de jurisprudencia, no está en condiciones de no aplicarlo, porque en términos del artículo 192 de la Ley de Amparo<sup>394</sup> está obligado a acatar tal criterio, sin tener oportunidad de dilucidar sus incongruencias. Así que en este supuesto, Hércules no podría hacer mucho al respecto.

*Hércules dio comienzo a sus especulaciones con la intención no simplemente de reproducir lo que hacen otros jueces, sino de hacer respetar los auténticos derechos institucionales, de quienes llegan a su tribunal. Si es capaz de alcanzar decisiones que satisfagan nuestro sentido de la justicia, eso es un argumento a favor del valor político de la tesis.*

*...Ese juez confía en que el hecho descarnado de que él mismo sostiene una opinión política determinada constituye, en sí, una justificación de su decisión. Pero un juez puede confiar en su propia creencia en un sentido diferente: el de confiar en la verdad o en la solidez de tal creencia.*

<sup>393</sup> *Ibidem.*, p. 198.

<sup>394</sup> Artículo 192 de la *Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación: 17 de abril de 2009, ley publicada en el Diario Oficial de la Federación, el viernes 10 de enero de 1936.

"Artículo 192. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales."

"Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustenten en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se tratara de jurisprudencia del pleno, o por cuatro ministros, en los casos de jurisprudencia de las salas.

También constituyen jurisprudencia las resoluciones que dilucidan las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados."

*...La jurisprudencia clásica supone, como ya dije, que los jueces deciden los casos en dos etapas: encuentran el límite de lo que exige el Derecho explícito, y después ejercitan una discreción independiente para legislar sobre problemas que el derecho no abarca.*

*...Hércules no busca primero los límites del Derecho para después completar con sus propias convicciones políticas lo que éste requiere. Se vale de su propio juicio para determinar qué derechos tienen las partes que se presentan ante él, y una vez hecho ese juicio, no queda nada que pueda ser sometido a convicciones, sean las suyas o las del público.<sup>395</sup>*

Ya se ha dilucidado en otros apartados el problema de la concepción de la justicia, en este aspecto, si pretendemos que Hércules con sus determinaciones satisfaga nuestro sentido de "justicia", lo máximo que podremos pedirle es que sea consistente en sus determinaciones y que en igualdad de circunstancias dé las mismas respuestas jurídicas; así que, si consideramos la multiplicidad de jueces, tendremos la perspectiva de a cuántos criterios diferentes nos vemos enfrentamos, y el consuelo de la consistencia de las decisiones judiciales empieza a quedarnos insostenible.

El hecho de que el juzgador se valga de sus propios juicios para determinar los derechos de las partes; evidentemente, inmerso en dicho ejercicio, hay algo de sometimiento a convicciones; toda vez que él no conoció los hechos a través de sus sentidos y, por ello, realiza una reconstrucción de todo el proceso que no conoció, lo cual no puede desligar de sus convicciones y creencias.

*La técnica de Hércules estimula al juez a que formule sus propios juicios sobre los derechos institucionales. Se podría pensar que el argumento que parte de la habilidad judicial sugiere dos alternativas. La primera sostiene que, puesto que son falibles, los jueces no deben hacer esfuerzo alguno para determinar los derechos institucionales de las partes que se presentan ante ellos, sino que*

---

<sup>395</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 343, pp. 199-202.



*han de decidir los casos difíciles sobre la base exclusiva de la política, o no decidirlos... La segunda alternativa argumenta que, puesto que son falibles, los jueces deben someter a alguien más las cuestiones del derecho institucional que plantean los casos difíciles. Pero ¿a quién? No hay razón para atribuir a ningún otro grupo determinado una mejor capacidad para la argumentación moral; o si lo hay, entonces lo que hay que cambiar es el proceso de selección de los jueces, no las técnicas para juzgar que se les piden que usen...*<sup>396</sup>

Piero Calamandrei afirma, que el juez una vez que ya se encuentra en el momento de pronunciar su sentencia, debe llevar a cabo un examen preliminar de la trascendencia jurídica de los hechos, sin determinar de manera precisa, si éstos son ciertos o no; simplemente el juez debe considerar si los planteados por el actor pueden tener las consecuencias jurídicas que éste pretende y, por tanto, si amerita ser estudiada a fondo esa pretensión.<sup>397</sup>

De manera que, Calamandrei señala, que esta es la primera etapa en que se coloca el juzgador al tomar su decisión: debe llevar a cabo, primero, un examen preliminar de los hechos para ver si tienen la trascendencia jurídica que plantea la parte actora. En caso afirmativo, seguirá el siguiente paso, que se resume en la verificación de la certeza de los hechos. El juez se encuentra frente a dos versiones distintas, en ocasiones encontradas, de las partes sobre los hechos y tiene que resolver sobre la base de los hechos que el estime ciertos.

Como tercer paso, una vez que ya se ha definido con certeza desde el punto de vista de las pruebas ofrecidas y practicadas por las partes, cuáles fueron los hechos, el juez deberá proceder a la construcción de éstos, a su ensamble y a su calificación jurídica. El juez no se encuentra frente a hechos brutos, sino frente a hechos jurídicos, hechos con consecuencias jurídicas, a los cuales habrá que

<sup>396</sup> *Ibidem.*, p. 208.

<sup>397</sup> Ovalle Favela, José, "La sentencia: estructura lógica y principios", *Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango*, Durango, Durango, México, Nos. 20-21, octubre-marzo, 1985, paráfrasis, pp. 11-24.



ponerle una calificación: determinar si el hecho en cuestión fue una compraventa, un contrato de mutuo, una promesa de compraventa, etcétera, pero esta construcción y edificación jurídica tiene que hacerla el juez una vez que haya determinado previamente cual fue la certeza de los hechos.

En cuarto término, Calamandrei indica, que el juez debe proceder a aplicar el Derecho a los hechos o a subsumir los hechos específicos en la norma general. Éstas no son sino dos maneras de ver la misma cosa: la aplicación del Derecho, de la norma jurídica general a los hechos previamente determinados o determinar si esos hechos son subsumibles, si se pueden ubicar dentro de la hipótesis abstracta, prevista en la norma jurídica general.

Una vez hecha esta subsunción, que es la cuarta fase del procedimiento lógico de la sentencia, pasamos a la parte final que no es sino la determinación del efecto jurídico producido por la aplicación de la norma al caso concreto.

Finalmente, una vez determinados los hechos, la norma aplicable, su significado y su idoneidad para resolver el caso, viene la determinación de los efectos jurídicos que derivan de esta aplicación, es decir, el acto de decisión concreto del juez.

Mas allá de todo esto, hay que subrayar finalmente que las tendencias más recientes de la Lógica Jurídica y de las técnicas de la argumentación, ponen en evidencia que la sentencia, además de ser una determinación de los hechos, una aplicación del Derecho y una conclusión o una disposición, es el acto de decisión de una persona, es un acto en el cual, el juez no puede trasladar su responsabilidad al legislador, argumentando que se limita a aplicar el Derecho; porque el juzgador también está incluyendo elementos propios de valoración; en la

sentencia se filtra inevitablemente; las actitudes, los valores, la ideología, la manera de pensar y la manera de ser del juez.<sup>398</sup>

*...Nuestro sistema constitucional descansa sobre una determinada teoría moral, a saber, que los hombres tienen derechos morales en contra del Estado. Las cláusulas difíciles del <<Bill of Rights>>, como las cláusulas de igual protección y de debido proceso, deben ser entendidas como apelaciones a conceptos morales, más bien que como el establecimiento de determinadas concepciones; por consiguiente, un tribunal que asuma la carga de aplicar plenamente tales cláusulas como derecho debe ser un tribunal activista, en el sentido de que debe estar preparado para formular y resolver cuestiones de moralidad (sic) política.*

*...Si dejamos las decisiones de principio que exige la Constitución a los jueces, y no al pueblo, actuamos en el espíritu de la legalidad, hasta donde nuestras instituciones lo permitan, pero corremos el riesgo de que en algún momento de su carrera los jueces tomen decisiones erróneas. Cualquiera abogado piensa que la Suprema Corte ha cometido errores, e incluso errores tremendos...*

*No debemos exagerar el peligro. Las decisiones verdaderamente impopulares resultarán erosionadas por la renuncia de la adhesión pública, tal como ha sucedido en el caso de las oraciones en las escuelas públicas, y porque los jueces ancianos morirán o se jubilarán y serán reemplazados por otros nuevos, designados porque estarán de acuerdo con un Presidente que ha sido elegido por el pueblo...*

*Aún así, debemos diseñar nuestras instituciones de manera que tienda a reducir, en la medida de lo posible, el peligro del error. Pero hasta el momento, el debate académico no ha llegado a dar una explicación adecuada de dónde se encuentra el error...<sup>399</sup>*

En el texto constitucional si bien, se advierten cuestiones de la Moral Política, éstas se deben al constituyente originario, muchas de estas construcciones al momento de aplicarse la ley, ya no responden a la Moral predominante en ese momento, así que el juez tiene que reconstruir los hechos,

<sup>398</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>399</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 343, pp. 230-232.

consciente de esta situación y allegarse de todos los elementos que le permitan adaptar la norma al caso concreto, pero sin que se confunda con la impresión de sus propias convicciones acerca del deber ser del mundo.

##### *5. La concepción de justicia desde la perspectiva de Dworkin*

Dworkin formula su Teoría de la Justicia y de los Derechos, basando su análisis en la Teoría de la Justicia de Rawls y, precisa, que este último construye su teoría imaginando un grupo de hombres y mujeres que se reúnen para establecer un contrato social; intentando demostrar que, si son "*racionales*" y actúan únicamente en su propio interés, escogerán sus dos "*principios*" de justicia, que estipulan, aproximadamente, que cada persona debe tener la mayor libertad política compatible con una libertad semejante para todos, y que las desigualdades -en el poder, la riqueza, los ingresos y otros recursos- no deben existir, a no ser en la medida en que actúen en beneficio absoluto de los miembros de la sociedad en que están. En este sentido, el contrato sería en sí mismo un argumento.<sup>400</sup>

Puesto que el único conocimiento adicional que los hombres y mujeres contemporáneos tienen sobre los hombres y mujeres que se encuentran en la posición original, es un conocimiento en el cual no deben basarse para escoger "*principios*" de justicia, su interés antecedente -en la medida en que viene al caso- es el mismo, y si es así, el argumento de la posición original es un buen argumento para defender la aplicación de los dos principios de la política contemporánea.<sup>401</sup>

*Una de las condiciones que imponemos a un principio teórico, antes de permitir que figure como justificación de nuestras convicciones,*

---

<sup>400</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 234, 239.

<sup>401</sup> *Idem.*, paráfrasis.

*es que la gente a quien el principio gobernaría lo hubiese aceptado, por lo menos dadas ciertas condiciones, en caso de haber sido consultada, o por lo menos que se puede demostrar que el principio favorece el interés antecedente de cada una de tales personas.*<sup>402</sup>

La concepción de justicia formulada en los términos anteriores, presupone que hay un consenso racional entre los miembros de una comunidad y que cada uno de ellos, lo ha aceptado; en ese contexto, se le da validez al "*principio*" como elemento que puede ser aplicado a todos. Esta especie de democracia, en la aceptación de los "*principios*" es lo que Habermas llama un consenso racionalmente motivado y en el que se exige que para que un ordenamiento jurídico tenga validez, primero habría que recabar la aceptación de las personas a las que habrá de ser aplicado.

#### A. Rawls y su propuesta

De acuerdo con Dworkin, el *modelo natural* postula que las Teorías de la Justicia, como los dos principios de Rawls, describen una realidad moral objetiva; es decir, que no han sido creadas, sino más bien descubiertas por los hombres o las sociedades, tal como se descubren las leyes de la física. El instrumento principal de tal descubrimiento es una facultad moral, que por lo menos algunos hombres poseen, que en determinadas situaciones produce intuiciones concretas de la Moral Política, tal como, la intuición de que la esclavitud es injusta. Esas intuiciones son indicios de la naturaleza y existencia de principios morales más abstractos y más fundamentales, tal como, las observaciones físicas son indicios de la existencia y naturaleza de leyes físicas fundamentales.<sup>403</sup>

El segundo modelo es muy diferente. No trata a las intuiciones de justicia como indicios de la existencia de "*principios*" independientes, sino más bien como

<sup>402</sup> *Ibidem.*, p. 243.

<sup>403</sup> *Idem.*, paráfrasis.

rasgos estipulados de una teoría general aún por construir. Establece el supuesto, de que hombres y mujeres tienen la responsabilidad de organizar los juicios particulares sobre cuya base actúan en un programa de acción coherente o, por lo menos, que ése es el tipo de responsabilidad que tienen los funcionarios que ejercen el poder sobre otros hombres.<sup>404</sup>

El modelo natural define la tesis de seguir la intuición, por inquietante que sea, y no hacer caso de la contradicción manifiesta, en espera de que, de hecho, exista -aun cuando todavía no haya sido descubierto- un conjunto de "*principios*" más complejo y refinado, capaz de reconciliar esa intuición.<sup>405</sup>

El *modelo contractivo*, sin embargo, no defiende la actitud de hacer caso omiso de las incongruencias en la esperanza de que deben existir "*principios*" que resuelvan las cosas. Por el contrario, exige que las decisiones tomadas en nombre de la justicia no excedan jamás la capacidad de un funcionario de dar cuenta de tales decisiones en una Teoría de la Justicia, aun cuando una teoría tal haya de poner en peligro alguna de sus intuiciones. Exige que la base de nuestra acción sea el "*principio*", más bien, que la fe.

Su motor es una doctrina de la responsabilidad que reclama a los hombres que integren sus intuiciones y que, cuando es necesario, subordinen alguna de ellas a esa responsabilidad. Presupone que para cualquier concepción de la justicia es esencial una coherencia expresa, y que las decisiones se tomen de acuerdo con un programa que se pueda hacer público y seguir mientras no se cambie. En la situación descrita y guiado por este modelo, un funcionario debe renunciar a su posición aparentemente incongruente, y debe hacerlo aun cuando

---

<sup>404</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>405</sup> *Idem.*, paráfrasis.

espere que un día ulteriores reflexiones lo llevaran a encontrar argumentos mejores, que le permiten erigir en "*principios*" todas sus convicciones iniciales.<sup>406</sup>

El *modelo constructivo*, supone que cada hombre y cada mujer que razone dentro de las líneas del modelo sostendrá sinceramente las convicciones con que se acerca a él, y que esa sinceridad se extenderá a la crítica de actos o sistemas políticos que ofenden lo más profundo de tales convicciones, considerándolos injustos.<sup>407</sup>

El modelo natural insiste en la congruencia con la convicción, partiendo del supuesto de que las intuiciones morales son observaciones precisas; la exigencia de congruencia se sigue de tal supuesto. En modelo constructivo insiste en la congruencia con la convicción como requisito independiente, que no emana del supuesto de que tales convicciones son informes precisos, sino de un supuesto diferente: que no es justo que los funcionarios actúen sino es sobre la base de una teoría pública general que los obligue a la congruencia, proporcione un estándar público que permita poner a prueba, discutir o predecir lo que hacen y no permita apelaciones a intuiciones excepcionales que, en los casos particulares, puedan constituirse en máscaras de prejuicio o del interés particular. El modelo contractivo exige, pues, coherencia por razones independientes de Moral Política; toma como datos las convicciones sostenidas con la necesaria sinceridad, y procura imponer condiciones a los actos de los que tales intuiciones se podrían considerar garantía.<sup>408</sup>

Rawls sugiere que si nuestras teorías tentativas de la justicia no se adecuan a alguna intuición determinada, este hecho debería actuar como una luz roja que nos obligue reflexionar si la convicción es realmente tal convicción para nosotros.

<sup>406</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>407</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>408</sup> *Idem.*, paráfrasis.

En este sentido, los hombres y mujeres a quienes Rawls pone en la posición original intentan hallar "*principios*" que resulten fáciles de entender, anunciar y observar, para ellos y para sus sucesores.<sup>409</sup>

*...todas las teorías que evidentemente descansan sobre algún tipo de contrato social hipotético están relacionadas y se distinguen, como clase, de las teorías en que esta fundamentación no es posible...*

*...Al contrato hay que verlo como algo que es en sí mismo el producto de una teoría política más profunda, que define los dos principios a través del contrato, más bien que a partir del contrato. Por consiguiente, debemos de tratar de identificar las características de una teoría más profunda que recomiende el recurso de un contrato, como motor de una teoría de la justicia.*

*...debemos esperar que los diferentes tipos de teorías se asocien con diferentes temperamentos metafísicos o políticos, y que uno u otro de ellos domine en ciertas clases de economía política...*

*...el contrato social es una característica tan importante de una metodología de Rawls; señala que su teoría profunda está basada en derechos...<sup>410</sup>*

Basar una Teoría de la Justicia sobre el contrato social, equivale a cimentarla en elementos tan endebles, porque si partimos del hecho de que el contrato social es una ficción del Derecho, ya que, ¿Acaso se le ha preguntado a los ciudadanos de un país, si están de acuerdo en asociarse para fines comunes de *bienestar y felicidad?*, evidentemente no. Entonces, se parte de una premisa falsa, del hecho de que los ciudadanos están de acuerdo en asociarse para crear la felicidad común.

En este sentido, la justicia sólo sería el consenso de unos pocos, generalmente de los que detentan el poder, acerca de lo que consideran "bueno" para la mayoría. El problema es que las construcciones que realicen tienen como

<sup>409</sup> *Ibidem.*, paráfrasis., pp. 247-254.

<sup>410</sup> *Ibidem.*, pp. 257,258, 268, 263.

precedente un sistema de dominación, que al grupo que toma las decisiones, le resulta conveniente mantener, por lo menos, lingüísticamente, para perpetuar las condiciones de dominación. Así, es más fácil usar canones como justicia para que el resto de los ciudadanos se sientan incluidos entre la realización de los bienes del Estado. Aunque este tipo de semánticas cuando se confrontan con la realidad concreta, en nada concuerda a este tipo de construcciones.

*Por lo tanto, podemos decir que la justicia como equidad descansa sobre el supuesto de un derecho natural de todos los hombres y todas las mujeres a la igualdad de consideración y respeto, un derecho que poseen no en virtud de su nacimiento, sus características, méritos o excelencias, sino simplemente en cuanto seres humanos con la capacidad de hacer planes y de administrar justicia.<sup>411</sup>*

Los postulados del Derecho Natural son una cuestión ampliamente debatida, pero el reconocimiento de este tipo de derechos, por el hecho de que el ciudadano es ser humano, evidencia lo que ya Luhmann reiteró, la forma en la que funciona el "sistema derecho" y cómo reacciona ante el entorno sociedad; es decir, el Derecho Natural necesita de lo arbitrario y de la violación de sí mismo, para poder existir, porque si no es frente a los abusos de poder y demás "injusticias" no se haría necesario el uso de este tipo de semánticas. La justicia necesita la injusticia para existir lingüísticamente, ambas son su presupuesto; entonces mientras más apelemos a la justicia, algo sucede en el mundo de lo concreto, que como efecto terapéutico y psicológico deseamos resolver desde la Teoría Política con formulaciones de estado de bienestar, felicidad y, finalmente: justicia.<sup>412</sup>

---

<sup>411</sup> *Ibidem.*, p. 274.

<sup>412</sup> Véase Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 258, p. 14.

"Entonces, en el período de la modernidad se puede considerar que la ideología-Derecho es la forma más sutil con la que se logra la obediencia de las personas por su propio consentimiento, debido a que se ha logrado convencer a muchos, de que la norma es la expresión de la voluntad general."



Ya hemos abordado el estudio de la Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann y su aplicación al juicio de amparo en México, así como la Teoría de los Derechos en Serio de Ronald Dworkin, en concreto en aplicación de los "*principios*" a los fallos judiciales de amparo. Se ha analizado la inconveniencia del empleo de éstos, toda vez que al fundarse en bases éticas y morales, plantean la problemática jurídica desde una perspectiva subjetiva, lo cual representa un obstáculo para la justificación de las decisiones judiciales.

Se planteaba en la Teoría de Sistemas, el conflicto de que el "*sistema derecho*" observara el mundo bajo el binomio conforme a Derecho/no conforme a Derecho, si a esto le añadidos la perspectiva iusnaturalista propia de la Teoría de los Derechos en Serio, la cual apela a una racionalidad única, natural y superior, que no permite que se integren otro tipo de realidades pertenecientes al mundo de lo concreto, excluyendo todavía más, todo aquello que no es conforme a la racionalidad de los "*principios*", que se sostienen sobre lo bueno y lo malo, de los valores.

Entonces, el problema de la aplicación de la Teoría de los Derechos en Serio y en específico de los "*principios*" radica en determinar en primera instancia: a quién pertenece los valores y bajo qué visión del mundo tenemos que trabajar. Lo cual, nos permite concluir que no es viable su implementación a la reflexión judicial de las sentencias de amparo.

En el siguiente apartado estudiaremos la Teoría de la Acción Comunicativa de Jürgen Habermas, la cual, nos permitirá apreciar y analizar el Derecho y, en concreto su aplicación por los órganos jurisdiccionales, desde la perspectiva del lenguaje. Analizándose la aplicación de la ciencia jurídica a la facticidad del mundo y la tensión que se genera entre lo que Habermas ha nombrado "*Facticidad y Validez*".

Se estudiará el proceso de construcción lingüística, el cual, para el autor en cita, su comprensión es trascendental, porque ello llevará a dar el giro lingüístico en la formación del entendimiento que generará consenso en los individuos que intervienen en la comunicación.

El estudio de la Teoría de la Acción Comunicativa de Habermas, se efectúa con el objetivo de que los elementos proporcionados por la "*acción comunicativa*" se apliquen a las sentencias judiciales de amparo, y ello, coadyuve a la justificación de las decisiones en la labor jurisdiccional.

*La argumentación jurídica desde la perspectiva de la "Teoría de Sistemas",  
de la "Teoría de los Derechos en Serio" y de la "Teoría de la Acción Comunicativa".  
Su implementación a la reflexión judicial de los fallos en el juicio de amparo mexicano*

---

---

### III. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA "TEORÍA DE LA ACCIÓN COMUNICATIVA" DE JÜRGEN HABERMAS, APLICADA AL JUICIO DE AMPARO EN MÉXICO

#### 1. Punto de partida de la Teoría de la Acción Comunicativa y su aplicación al juicio de amparo mexicano

##### A. La razón comunicativa

Una vez que hemos revisado la Teoría de Sistemas para explicar cómo efectivamente funciona el "*sistema derecho*", evidenciando sus inconsistencias, las cuales, inciden directamente en la forma en cómo los tribunales justifican sus determinaciones; ya que la lógica recursiva del sistema se traslada a los operadores jurídicos, porque éstos reproducen las operaciones del mismo.

Entendiendo con qué tipo de construcciones y semánticas se ve enfrentado a trabajar el juez, se posibilita la comprensión del entorno jurídico para mejorarlo o para abstraerse de su lógica, en el sentido de que en la construcción de la decisión judicial se esté consciente del proceso que opera en el "*sistema derecho*", y se busque aminorar los efectos cruentos entre la realidad en donde se gesta el conflicto jurídico y la aplicación de la ley a las partes en litigio.

Asimismo, hemos caminado por la Teoría de los Derechos en Serio, la cual pretende el rescate de los "*principios*", como elementos de los cuales el juzgador puede hacer uso y no ejercer con carácter arbitrario al resolver, ya que son las herramientas que atienden y construyen el sistema constitucional sobre el cual el juez trabaja; sin embargo, ya mostrábamos el riesgo que implica la

implementación de los "*principios*", en concreto en lo relativo al contexto abierto de la moral en la que se circunscriben.

Ahora analizaremos la Teoría de la Acción Comunicativa, la cual parece ofrecernos herramientas muy valiosas en el proceso de construcción de la decisión judicial, la cual, hasta el momento no se ha encontrado un método factible que le permita al juzgador reducir la confrontación entre el mundo de lo concreto y el mundo del lenguaje, que dé como resultado una sentencia justificada.

La teoría construida por Jürgen Habermas parte de la concepción de *razón comunicativa*, entendiendo por la misma, un medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida, que hace posible a la razón comunicativa. Esta racionalidad viene significada en el *telos* que representa el entendimiento intersubjetivo y constituye un *ensemble* de condiciones de posibilidad a la vez que restrictivas.<sup>413</sup>

*...formación discursiva de la opinión y la voluntad políticas, en la que la capacidad ilocucionaria de establecer vínculos que tiene el empleo del lenguaje orientado al entendimiento se emplee para aunar razón y voluntad y para llegar a convicciones en las que todos los individuos puedan estar de acuerdo sin coerciones.*<sup>414</sup>

La racionalidad de la comunicación se manifiesta en una trama descentrada de condiciones trascendentalmente posibles, que forman estructuras, y que impregnan la interacción, pero no es una facultad subjetiva, que dicte a los actores qué es lo que deben hacer. La racionalidad comunicativa no es como la forma clásica de la razón práctica, una fuente de normas de acción. Sólo tiene un contenido de normas en la medida que quien actúa en la comunicación no tiene

---

<sup>413</sup> Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998, paráfrasis, p. 65.

<sup>414</sup> *Idem.*

más remedio que asumir presupuestos pragmáticos de tipo contrafáctico. Tiene que emprender idealizaciones.<sup>415</sup>

*...Quien se sirve de un lenguaje natural para entenderse con un destinatario acerca de algo en el mundo se ve obligado a adoptar una actitud realizativa (sic) y a comprometerse con determinadas suposiciones. Entre otras cosas, tiene que partir de que los participantes persiguen sin reservas sus fines ilocucionarios, ligan su acuerdo al reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez susceptibles de crítica y se muestran dispuestos a asumir las obligaciones relevantes para la secuencia de interacción que se siguen de un consenso...*<sup>416</sup>

En tal situación, quien actúa comunicativamente se halla bajo ese <<tener que>> que caracteriza a la coerción trascendental de tipo débil, pero no por ello, se halla ante el <<tienes que>> a la validez deontológica de un precepto moral, a la validez axiológica de una constelación de valores objeto de preferencias, o a la eficacia empírica de una regla técnica.<sup>417</sup>

*Cuando se realiza una corona de idealizaciones... la tensión entre la idea y la realidad irrumpe en la propia facticidad de las formas de vida lingüísticamente estructuradas. La práctica comunicativa cotidiana se exige demasiado a si misma con sus propias presuposiciones idealizadoras; pero sólo a la luz de esta trascendencia intramundana pueden producirse procesos de aprendizaje.*<sup>418</sup>

La razón comunicativa posibilita, pues, una orientación por pretensiones de validez, pero no da ninguna orientación de contenido determinado para la solución de tareas prácticas, no es informativa ni tampoco directamente práctica. Se entiende a la verdad proposicional, a la veracidad subjetiva y a la rectitud de

<sup>415</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 65-66.

<sup>416</sup> *Idem.*

<sup>417</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>418</sup> *Idem.*

normas y, alcanza, por tanto, más allá del ámbito de las cuestiones práctico morales, convicciones e ideas.<sup>419</sup>

La normatividad en sentido de orientación vinculante de la acción no coincide por entero con la racionalidad de la acción orientada al entendimiento. Normatividad y racionalidad se cortan y solapan en el campo de la fundamentación de las convicciones morales que se examinan en actitud hipotética y, que sólo poseen la fuerza débil que caracteriza a la motivación racional, pero que en todo caso no pueden asegurar por sí mismas la traducción de tales convicciones a una acción motivada.<sup>420</sup>

En la razón comunicativa la concepción tradicional de la razón práctica cobra un significado distinto, ya no sirve directamente a introducir una teoría de normas del Derecho y la Moral. Reconstruye la trama de discursos formadores de opinión y preparadores de la decisión, en que está inserto el poder democrático ejercido en forma de Derecho. Las formas de comunicación articuladas en términos de Estado de Derecho, en las que se desarrolla la formación de la voluntad política, la producción legislativa y la práctica de las decisiones judiciales, aparecen desde esta perspectiva como parte de un proceso más amplio de racionalización de los mundos de la vida de las sociedades modernas, sometidas a la presión de imperativos sistémicos.<sup>421</sup>

---

<sup>419</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>420</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 67.

<sup>421</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 67 y 70.

"La Teoría de la Acción Comunicativa mantiene la concepción clásica de una relación interna, entre sociedad y razón, entre las restricciones si las coerciones bajo las que se efectúa la reproducción de la vida social, por un lado, y la idea de una vida autoconsciente, por otro. Más con ello la Teoría de la Acción Comunicativa se busca el problema de tener que explicar el Derecho, especialmente en la forma moderna del Derecho Positivo. Pues tales normas jurídicas posibilitan comunidades altamente artificiales, que se entienden en si mismas como asociaciones de miembros libres e iguales, cuya cohesión descansa en la amenaza de sanciones externas y simultáneamente en la suposición de un acuerdo racionalmente motivado."

Habermas con la Teoría de la Acción Comunicativa introduce un giro a la epistemología del Derecho, dando una perspectiva diferente a la manera en que tratamos las inconsistencias del mismo. Hemos venido haciendo referencia al mundo de lo concreto y al mundo del lenguaje, en este último, es donde se ubican todas las construcciones ideológicas sobre las que opera el Derecho para fundamentar sus *principios estatistas*. El proceso de formación en que el Estado formula las idealizaciones sobre las que se da validez al Derecho es importante para Habermas, desde el punto de vista lingüístico porque sujeta las interacciones de los individuos al deber ser del Derecho y, sin embargo, es precisamente a través del lenguaje que se gesta el entendimiento intersubjetivo de las personas participantes en la comunicación, lo que les permite tener una gama de condiciones de posibilidad y a la vez de restricción para la acción de los interlocutores.

En el análisis desde la perspectiva del lenguaje y, en concreto, de los preceptos jurídicos, se gesta una tensión entre estos últimos, es decir, entre la idea y la realidad, respecto de lo que está estructurado lingüísticamente. En este sentido, la gran cantidad de idealizaciones que realizamos dentro del mundo, se ven tensadas, sino es que colapsadas, cuando se confrontan a la realidad concreta; porque el Derecho pretende idealizar el mundo de la vida intersubjetivamente compartido a través de las normas jurídicas, las cuales al aplicarse al mundo concreto, colapsan debido a las diferencias estructurales de cada sistema y, aún más, pretende dar validez a idealizaciones de formas de vida que no corresponden con la realidad que viven los participantes en la comunicación.



## B. El giro lingüístico

En este tópico abordaremos cuestiones que serán de suma trascendencia en la actividad jurisdiccional. Comenzaremos con las representaciones y su sinificación en la Teoría de la Acción Comunicativa. Habermas sostiene:

*...Las representaciones son en cada caso mis representaciones o tus representaciones; han de adscribirse a un sujeto de ellas, identificable en el espacio y en el tiempo, mientras que los pensamientos trascienden los límites de una conciencia individual. Los pensamientos, aun cuando sean aprehendidos por distintos sujetos, en distintos lugares y en distintos momentos, son siempre, en sentido estricto, en lo que a su contenido se refiere, los mismos pensamientos.*

*...Pues en la representación están dados sólo los objetos; los estados de cosas o los hechos los aprehendemos en pensamientos.... Pensamientos y estado de cosas ya no pueden, sin más mediaciones quedar alojados en el mundo de los objetos representables; sólo son accesibles en tanto que expuestos, es decir, en tanto que estado de cosas expresados en oraciones.<sup>422</sup>*

La forma en que está estructurado el lenguaje remite a formular imágenes simbólicas, en las cuales, ya no sólo se atiende a una representación universal en la forma como se entiende o se quiere entender el mundo, sino al intérprete de la situación de hecho, este intérprete del mundo, al momento de significarlo en la comunicación, le atribuye sus propias impresiones.

En ese sentido, con las representaciones que se extraen de los objetos, se formulan posteriores construcciones que dan paso a los pensamientos. Dentro de este tipo de construcciones, es que los hechos se transforman en la manera en que efectivamente *pensamos* el mundo concreto. Para Habermas, la comprensión

---

<sup>422</sup> *Ibidem.*, pp. 72-73.

de este proceso de construcción lingüística del mundo, es dar un paso al giro lingüístico, no concebido ya sólo como atribuir significado al mundo, sino como un proceso de formación del entendimiento del mismo, que se generaliza a través del consenso.

Es en este giro del lenguaje, impreso en la forma en que se concibe el mundo, que no queda restringida la atribución de significado exclusivamente a partir del conocimiento del objeto del mundo, sino que se elaboran idealizaciones, en las cuales trabajamos los interactuantes en la comunicación.

*...Lo que a un pensamiento que exponemos lo distingue como universal... es ese tipo de idealidad fundada en signos lingüísticos y reglas gramaticales...*

*...El enjuiciamiento afirmativo de un pensamiento o el sentido asertórico de una oración enunciativa afirmada pone en juego con la validez del juicio o la validez de la oración un ulterior momento de idealidad.*

*El status de idealidades, que presta a los pensamientos una estructura fija, proposicional, independiente de la corriente de vivencias, asegurando así a los conceptos y juicios unos contenidos universales, intersubjetivamente reconocibles y es este surtido idénticos, remite de por sí a la idea de verdad. Pero la idealidad de la validez veritativa... no puede explicarse solamente recurriendo a la estructuras de las reglas del lenguaje... la relación ontológica entre lenguaje y mundo, entre oración y estado de cosa=hecho, o entre pensamiento (pensado) y fuerza pensante (como capacidad subjetiva de aprender y enjuiciar pensamientos).*

*...El mundo como conjunto de los hechos posibles se constituye solamente para una comunidad de interpretación cuyos miembros se entienden entre sí sobre algo en el mundo dentro de un mundo de la vida intersubjetivamente compartido.<sup>423</sup>*

---

<sup>423</sup> *Ibidem.*, pp. 73-76.

Si las personas a través del lenguaje logran la comunicación, es precisamente a través de los pensamientos que construyen lo que interpretan del mundo y, se le imprime generalidad a las construcciones que hacen, a partir de las idealizaciones que preceptúan de cómo debería ser el estado de cosas, ya no sólo se queda inscrito en la lingüística. El problema de esto, es que las posteriores idealizaciones que se hagan, entran en tensión con las preestablecidas, porque no siempre ni en todos los casos, se construye a partir de las ya formuladas, sino que, se introducen nuevos elementos en la interacción.

Generalmente los procesos de idealización inscritos en los pensamientos, no presentan variaciones al momento de construirse, con ello se pretende dar permanencia a los conceptos para que tengan validez en el tiempo. Esto es muy semejante a lo que Luhmann llama recursividad, en el sentido de que el sistema da los elementos a partir de los cuales se debe entender el mundo y, a su vez, proporciona las operaciones del sistema en las que se remite a las proposiciones formuladas por el sistema, para generalizar lo que se debe entender hoy y en un futuro sobre una determinada acepción; en este caso, dentro del lenguaje en que los sujetos se entienden acerca de determinado objeto del mundo.

Así es como se da el proceso de construcción de la idea de verdad, el problema sobreviene cuando esta idealidad se confronta a la realidad concreta y, los supuestos ontológicos y axiológicos del Derecho quedan en la línea de lo irreal y su aplicación a un mundo que exige reconocimiento de diferencias excluidas.

*...La pretensión de verdad de un proponente, cuando está justificada, habrá de poder defender con razones frente a las objeciones de posible oponentes y al cabo habrá de poder contarse con un acuerdo racionalmente motivado de la comunidad de interpretación en conjunto.*

*...Aun cuando no podemos abandonar la esfera del lenguaje y la argumentación y tengamos que entender la realidad como la*

*totalidad de aquello que podemos representar en enunciados verdaderos, no puede perderse la referencia a la realidad como referencia a algo independiente de nosotros en el sentido de trascendente...*<sup>424</sup>

Habermas sostiene, que el hecho de que los seres humanos estemos inscritos en la comunicación a través del lenguaje y, que por ello, se entienda el mundo en enunciados, no equivale a sostener que la única realidad sea la lingüística; nosotros añadiríamos: ya que somos parte de un mundo de lo concreto que guarda cierta independencia con las construcciones lingüísticas que de él realicen los hombres en la comunicación, ya que no todo se abarca a través de esta disciplina. Máxime, si tomamos en cuenta los argumentos esgrimidos en el capítulo referente a la interpretación, donde se estudió que en los procesos de conocimiento del mundo, cada sujeto realiza una interpretación diferente de la "realidad", teniendo que partir necesariamente de un consenso para construir determinados conceptos.

Es precisamente en este consenso que Habermas construye su teoría, en el que inmiscuye a la "acción comunicativa" y sus postulados para racionalizar el proceso en el que se llegue a decisiones en un acuerdo de todos los participantes en la comunicación. Esto se ampliará más adelante; por el momento debemos decir que no obstante las vicisitudes que representa la forma en que los sujetos aprenden y, significan, los objetos del mundo de lo concreto, para la construcción de una racionalidad, en el caso de la decisión judicial, partiremos del análisis de la "acción comunicativa" para extraer elementos que sistematicen la forma en que los tribunales tomen sus decisiones, a partir de consensos racionalmente motivados y nutridos por la comunicación.

---

<sup>424</sup> *Idem.*

### C. El <<consenso comunicativo>>

El <<consenso comunicativo>> planteado por Habermas, pretende que los participantes en la comunicación alcancen un entendimiento racionalmente motivado. En este aspecto asevera lo siguiente:

*...consenso alcanzado en condiciones ideales, algo así como una trascendencia desde adentro: <<Lo real, pues, es aquello en lo que más pronto o mas tarde vendrían finalmente a parar la información y el razonamiento, y que es por tanto independiente de mis ocurrencias o las tuyas. Así, pues, el origen mismo de la concepción de la realidad muestra que esta concepción implica esencialmente la noción de una comunidad, sin límites definidos, y capaz de un aumento definido de conocimiento. Peirce explica la verdad como aceptabilidad racional, es decir, como el desempeño o resolución de una pretensión de validez susceptible de crítica bajo las condiciones de comunicación de un auditorio de intérpretes capaces de juicio, ampliado idealmente en el espacio social y en el tiempo histórico.*<sup>425</sup>

*...la tensión entre facticidad y validez se desplaza a los presupuestos de la comunicación, que, aun cuando tengan un contenido ideal, qué, por tanto, sólo se puede realizar aproximativamente, han de hacerlos de hecho todos los implicados cada vez que afirman o discuten la verdad de un enunciado y, a fin de justificar esa pretensión de validez, buscan entrar en una argumentación.*<sup>426</sup>

Ya hemos reiterado en varios argumentos, las problemáticas a las que se ve enfrentado al juzgador, así como, las condiciones de incertidumbre en las que tiene que resolver; pero al margen de todas estas cuestiones, en concreto, para el caso de los tribunales en los que se toman las decisiones en forma colegiada, el <<consenso comunicativo>> planteado por Habermas, permite reducir la

<sup>425</sup> Peirce, CH. S., *Collected Papers V*, Cambridge, Mass., 1966, p. 311, citado por Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998, p. 76.

<sup>426</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 193, p. 77.

contingencia de sus determinaciones, es decir, en todos aquellos momentos en los que un asunto podría tener más de una solución plausible.

En el empleo del consenso en la comunicación, los órganos jurisdiccionales colegiados, están en posibilidad de llegar a decisiones discutidas, en las que necesariamente alcanzarán un acuerdo en el sentido del fallo, este ejercicio filtra la equivocación al momento de resolver, ante la multiplicidad de respuestas que pudiera tener un caso, si todas ellas son discutidas, esa discusión será el filtro de análisis racional.

Claro, para que este proceso implique llegar a un acuerdo en la comunicación, no sólo es aplicable al caso aludido, también aplica en las audiencias que se llevan a cabo para desahogar diversas diligencias a lo largo del procedimiento judicial. De tal suerte que, si el juez tiene el conocimiento de los procesos lingüísticos que pueden generar un consenso entre las partes, sería una herramienta que le coadyuve en la labor jurisdiccional.

*Con el concepto de acción comunicativa, que pone en juego el entendimiento lingüístico como mecanismo de coordinación de las acciones, reciben también las presuposiciones contrafácticas de los actores, los cuales han de orientar su acción por pretensiones de validez, una inmediata relevancia para la estructuras y mantenimiento de los órdenes sociales; pues éstos sólo pueden cobrar consistencia y perdurar en el modo del reconocimiento de pretensiones de validez normativas. Esto significa que, la tensión entre facticidad y validez, inserta en el lenguaje y en el empleo del lenguaje, retorna en el mundo y manera de integración de los individuos socializados, en el medio de la comunicación, y ha de ser elaborada por los participantes mismos...<sup>427</sup>*

En la resolución de las sentencias, los tribunales federales tienen la posibilidad de emplear el <<consenso comunicativo>> postulado por Habermas, lo

---

<sup>427</sup> *Ibidem.*, p. 79.

cual, les permitiría llevar a cabo un proceso de deliberación. En este sentido, si cada uno de los participantes en la comunicación –magistrados-, logran poner en marcha la "*acción comunicativa*", tomarían decisiones en un entendimiento lingüístico dentro del cual coordinarían sus acciones.

En este contexto, lo plausible sería que se inscribieran en una "*actitud realizativa*", en la que tengan presente ejercer el proceso de discusión democrática, en el que en un análisis lingüístico y de posturas, deliberen las decisiones, con independencia del resultado que se obtenga, ya que el proceso de toma de decisiones habrá sido sometido a una racionalidad en términos de discurso, que al menos obliga a estos participantes en la comunicación al estudio profundo de sus asuntos.

El <<consenso comunicativo>> trabaja con toda interacción social, la cual puede entenderse como la solución del problema de cómo pueden coordinarse entre sí los planes de acción. Tal posibilidad de conexión, cuando cobra continuidad, reduce el espacio de las posibilidades a elegir, permite que surjan patrones de comportamiento, y, por tanto, orden social en general.

Mientras sólo se utilice el lenguaje como medio para la transmisión de informaciones y de redundancias, la coordinación de la acción discurre a través del influenciamiento mutuo de actores que operan los unos sobre los otros con el fin de conseguir cada uno sus propios fines. Pero en cuanto las fuerzas ilocucionarias de los actos de habla asumen un papel coordinador de la acción, es el lenguaje mismo el que aparece como fuente primaria de integración social. Sólo en este caso ha de hablarse de "*acción comunicativa*", negociar interpretaciones comunes de las situación y de sintonizar sus respectivos planes de acción a través de procesos de entendimiento, es decir, por vía de una persecución sin reservas de fines ilocucionarios.

Pero las energías de vínculo que despliega el lenguaje sólo puede movilizarse para la coordinación de los planes de acción si los participantes pueden suspender la "actitud objetivante" propia del observador y del actor que se orienta directamente a su propio éxito, sustituyéndola por la "actitud realizativa" de un hablante que busca entenderse con una segunda persona sobre algo en el mundo. Bajo esta condición, las ofertas que representan los actos del habla alcanzan un efecto coordinador de la acción, porque del posicionamiento afirmativo del destinatario frente a una oferta, resultan obligaciones relevantes para la secuencia de la interacción.<sup>428</sup>

*a.* El lenguaje orientado al entendimiento

Una vez analizado en <<consenso comunicativo>> de Habermas, es necesario hacer referencia a los aspectos relevantes para conseguirlo, uno de ellos, es el lenguaje orientado al entendimiento. En el que Habermas postula lo siguiente:

*El empleo del lenguaje orientado al entendimiento, de que depende la acción comunicativa, funciona del siguiente modo: los participantes, a través de la validez que pretenden para sus actos de habla, o bien se ponen de acuerdo, o bien constatan disentimientos en cuenta de común acuerdo. Con todo acto de habla se entablan pretensiones de validez susceptibles de crítica, se enderezan a un reconocimiento intersubjetivo...*

*... Incluso la más fugaz oferta contenida en un acto de habla, incluso las tomas de postura de afirmación o negación más convencionales, remiten a argumentos o razones potenciales y, por tanto, al auditorio idealmente ampliado de una comunidad ilimitada de comunicación, al que esos argumentos habrían de convencer para quedar justificados, es decir, para ser racionalmente aceptables.<sup>429</sup>*

<sup>428</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 79-80.

<sup>429</sup> *Ibidem.*, pp. 80-81.



Dentro del <<consenso comunicativo>> se pretende que los interactuantes en la comunicación alcancen un entendimiento a partir de un lenguaje que los lleve a entenderse mutuamente acerca de la interpretación del mundo. En este tenor, hay que tener presente que todos los participantes pretenden que sus actos de habla sean válidos.

Por ejemplo, un magistrado al proponer sus proyectos de sentencia, estaría planteando validez a sus asuntos ante los otros dos interlocutores magistrados y éstos a su vez harán lo mismo; sus proyectos de sentencia son susceptibles de discusión y, por tanto de crítica; por lo que, han de tomar una actitud de entendimiento intersubjetivo, en el que el resultado, de acuerdo con la "*acción comunicativa*", sólo tiene dos vías: lograr un acuerdo o identificar los puntos de conflicto que provocan en disenso entre ellos.

Este último punto, logra un gran avance en la discusión de estos tres sujetos, porque si tan sólo logran ponerse de acuerdo en los puntos en los que difieren de opinión, por lo menos, a través de la "*acción comunicativa*", ya lograron un consenso, a partir del cual pueden reanudar nuevamente la comunicación y edificar sobre lo que ya conocen en disenso. Preparando nuevamente los argumentos que finalmente lleven a tomar una postura, en la cual puede que se de el consenso, pero en caso que no sea así, definitivamente, el proceso de la construcción de la decisión a través de la discusión, ya habrá filtrado todas las motivaciones personales del juzgador, dejando sólo lo trascendentalmente importante para resolver.

*Los malentendidos desmienten de forma inofensiva esas idealizaciones que no tenemos más remedio que hacer. Lo mismo vale para una suposición ulterior que también resulta inevitable en la acción comunicativa y que de nuevo supone una suposición idealizadora. Los participantes en la interacción tienen que*

*atribuirse mutuamente la capacidad de responder de sus propios actos, es decir, tienen que suponerse mutuamente capaces de orientar su acción por pretensiones de validez. En cuanto esta expectativa de racionalidad resulta falsa, los participantes al igual que los observadores sociológicos como participantes virtuales- cambian su actitud realizativa (sic) por una actitud objetivante.<sup>430</sup>*

En el proceso de llegar al entendimiento, los participantes en la comunicación tienen que hacer uso de diversas posturas para defender sus pretensiones de validez, pero previo a esto, tienen que partir de la toma de postura en una "*actitud realizativa*" y no "*objetivante*", esto quiere decir, que estén dispuestos a ponerse en el lugar del otro, adoptando su postura como propia, para así poder entenderla y criticarla; pero con argumentos sostenibles, libres de consideraciones que no tengan justificación lógica.

En cambio, la "*actitud objetivante*" es que el interlocutor sólo busque sus fines ilocucionarios, para hacer prevalecer sus asuntos, pretendiendo que sean los únicos válidos en la comunicación, sin que busque un consenso, sino sólo imponer posturas y ganar discusiones.

Este es un problema frecuente en los tribunales colegiados del Poder Judicial de la Federación en los que cada uno de los tres magistrados tiene como objetivo que los proyectos de sentencia que plantean, sean aprobados de manera colegiada. Pero si cambiaran la meta al hecho de que no sólo se busquen

<sup>430</sup> *Ibidem.*, pp. 81-82.

"La acción comunicativa que tiene como fin asegurar a las pretensiones de validez su carácter incondicional. Pues este segundo nivel de idealización determina la constitución de la realidad social, haciendo que todo acuerdo alcanzado comunicativamente que posibilite la coordinación de la acción, otorgando a las tomas de postura de afirmación y negación, las cuales descansan en una doble negación, una función clave en el funcionamiento de los juegos de lenguaje cotidianos. Estas posturas de afirmación y negación cargan de una tensión ideal a los hechos sociales que ellas mismas crean, porque reaccionan a pretensiones de validez para cuya justificación es menester suponer el asentimiento de un auditorio idealmente ampliado. Las pretensiones de validez tienen un doble haz: como pretensiones apuntan por encima de todo contexto; a la vez, han de entablarse, así como aceptarse, aquí y ahora, si es que han de ser portadoras de un acuerdo efectivo en lo tocante a la coordinación de la acción. La universalidad de la aceptabilidad (sic) racional afirmada salta por encima de todo contexto, pero sólo su aceptación vinculante aquí y ahora convierte a las pretensiones de validez en carriles por los que puede deslizarse una práctica cotidiana siempre ligada al contexto."

descisiones colegiadas; sino sentencias debidamente justificadas, en el sentido de que el análisis efectuado en ellas, así como, la discusión del asunto se efectúe en actos de comunicación libres de patologías y de motivaciones personales o de poder. Se restauraría plenamente la impartición de justicia.

Es decir, que abandonen la idea de que si sus proyectos de sentencia se aprobaron por unanimidad, ello implica racionalidad o justificación, sí la implica, pero es ejercicio de poder abusivo porque la decisión no está plenamente justificada porque no fue producto de la discusión. Es precisamente en el abandono de una desmesurada elaboración de sentencias, la cual sólo atiende a la estadística de la resolución de los juicios de amparo, que se debe reorientar la actividad jurisdiccional a un pleno estudio y exhaustivo análisis de los juicios de garantías.

En este sentido, la actividad de los magistrados de los tribunales colegiados debe atender a la discusión en la búsqueda de razonamientos que se diluciden con argumentos lógicos, que se refuten o acepten con argumentos que se sostengan a la crítica y, no sólo se busque la emisión desmesurada de sentencias para cumplir con la estadística de los asuntos resueltos por el Poder Judicial de la Federación, lo cual, sólo deja de lado la correcta elaboración de los fundamentos de las sentencias, que son los que la justifican.

*b.* El "mundo de la vida" de Habermas

Los participantes en la comunicación al pretender establecer la misma, necesariamente tienen que partir de un consenso, en este punto, trabajan desde el mundo de la vida intersubjetivamente compartido por ellos, el cual constituye el horizonte de las situaciones de habla y a la vez la fuente de operaciones de

interpretación, mientras que él por su parte sólo se reproduce a través de la "acción comunicativa".<sup>431</sup>

*El primer paso hacia la reconstrucción de las condiciones de la integración social conduce al concepto de mundo de la vida... existe un riesgo de disentimiento siempre presente, pues viene inscrito en el propio mecanismo de entendimiento, todo disentimiento causa altos costes desde el punto de vista de la coordinación de la acción. Normalmente se dispone sólo de unas cuantas alternativas cuales son: el recurrir a operaciones sencillas de reparación; el dejar a un lado las pretensiones de validez controvertidas, con la consecuencia de una reducción del campo de convicciones compartidas; el tránsito a discursos costosos con resultado incierto y perturbadores efectos de problematización; la ruptura de la comunicación y el <<abandono del campo>>; y finalmente, el paso de la acción estratégica, orientada al propio éxito de cada uno. La motivación racional conducente al acuerdo, la cual descansa siempre en un poder-decir-que-no, tiene ciertamente la ventaja de una estabilización no coactiva de expectativas de comportamiento... las operaciones explícitas de entendimiento se mueve de por sí en el horizonte de convicciones comunes aproblemáticas...<sup>432</sup>*

En este mundo de la vida, que todos los intérpretes conocen y comparten, emprenden la comunicación, en la cual, siempre existe el riesgo de que no se pongan de acuerdo en la discusión, aquí Habermas nos proporciona las vías que toman cuando esto acontece, de entre las cuales, es menester resaltar analíticamente las siguientes: puede acontecer que los participantes en la comunicación para lograr ponerse de acuerdo, dejen de tematizar todo aquello que les está resultando problemático, aquí el riesgo que se corre es que puede ser que lo que dejan de tematizar sea importante para resolver, en cuyo caso, por lograr alcanzar un consenso, aparten cuestiones trascendentales para la comunicación.

<sup>431</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 83-84.

<sup>432</sup> *Idem.*

En caso contrario, si deciden llevar la discusión reconociendo las pretensiones de validez controvertidas, puede ser que la comunicación se problematice a grandes niveles y se llegue a la ruptura de la comunicación y al abandono del campo de la lingüística. Sin embargo, el mayor problema lo constituye el paso a la acción estratégica en la que los sujetos se orientan al propio éxito de cada uno o a sus propios fines ilocucionarios.

Lo trascendental en todas estas posibilidades para la comunicación, es que el proceso de toma de posturas, disentimiento y discusión, genera acuerdos racionalmente motivados, como ya se había dicho, por lo menos, lleva en el caso del Poder Judicial Federal, a los magistrados a ponerse de acuerdo en los puntos conflictivos, en cuyo caso, se avanza en la racionalidad que deben imprimir a sus determinaciones.

La "*acción comunicativa*" da una certeza inmediata: hacemos uso de este tipo de saber sin tener conciencia de que pudiera ser falso. El saber de fondo no puede ser <<falsado>> como tal; pues se descompone tan pronto como, al volverse temático, cae en el remolino de las posibilidades de <<problematización>>. Lo que le presta su peculiar inmunidad y lo inmuniza contra la presión de las expectativas generadoras de contingencia, es la peculiar neutralización que en ese saber se efectúa de la tensión entre facticidad y validez; en la dimensión misma de la validez queda apagado ese momento contrafáctico de una idealización que apunta más allá de lo dado en cada caso, el cual es el momento en que empieza posibilitando una confrontación con la realidad, en la que ésta pueda defraudar nuestras expectativas.<sup>433</sup>

---

<sup>433</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 84-85.

"En el nivel del saber ya pasado a través de la acción comunicativa, es decir, en el nivel de saber temáticamente disponible: sucede esto, en esas instituciones arcaicas que se representan con una pretensión de autoridad que, al parecer, resulta inatacable, expectativas cognitivas y normativas se afianzan indivisas formando un complejo de convicciones asociado con motivos y orientaciones valorativas. La autoridad de esas instituciones, dotadas así de poder, sale al encuentro de los agentes dentro del mundo social de éstos, tradiciones culturales, órdenes dotados de legitimidad e identidades personales, que se reproduce a través de

#### D. La problematización de la comunicación

Las restricciones a la comunicación que vienen fijadas ceremonialmente, protegen contra toda <<problematización>>, la validez autoritaria de unos contenidos de descripción, evaluación y expresión que se entrelazan formando un síndrome. El complejo cristalizado de convicciones pretende un tipo de validez que viene dotado de la fuerza de lo fáctico. Esta vez la fusión de facticidad y validez se efectúa en el modo de una autoridad.

Las instituciones dotadas de poder, tienen la amenaza de un poder vengador y la fuerza que tienen las convicciones vinculantes hacen brotar de una misma fuente mítica; entonces, la autoridad que de por sí es "coercitiva" a la vez que vinculante, es en donde las sanciones sociales reciben por así decir, su significado ritual.<sup>434</sup>

Si los sujetos deciden someterse a la discusión, el proceso de la "acción comunicativa" les obliga a no sólo perseguir sus fines ilocucionarios, así como sus acciones estratégicas para sólo alcanzar su éxito. En ese sentido, tienen que escuchar y analizar las razones del otro, para edificar una racionalidad de consenso.

El concepto básico de "acción comunicativa" explica como la integración social puede producirse a través de la capacidad de establecer vínculos que tiene el lenguaje intersubjetivamente compartido. Éste impone restricciones a los sujetos que quieren hacer uso de las energías de vínculo del lenguaje y los obliga a salir del egocentrismo de su orientación al éxito para exponerse a los criterios

---

la acción comunicativa y en el que esos tres tipos de ingredientes vienen trabados entre sí. Pues este acuerdo se refiere en especial a expectativas de comportamiento que pese a su profundo anclaje institucional han de ser transmitidas culturalmente como saber explícito."

<sup>434</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 85-86.

públicos de racionalidad propios del entendimiento intersubjetivo. De ello no se sigue que en el mundo de la vida no puedan aparecer interacciones estratégicas, pero en la acción estratégica ese trasfondo queda neutralizado en lo que concierne a su capacidad de coordinar la acción.<sup>435</sup>

*...En caso de conflicto quienes actúan comunicativamente tienen que optar entre romper la comunicación o pasar a la acción estratégica, entre dilatar el conflicto no resuelto o pasar a dirimirlo. Pues bien, una salida la ofrece la regulación normativa de interacciones estratégicas en la que, o sobre la que, los propios actores pudieran ponerse de acuerdo a entenderse...*

*...Para los actores que actúan orientándose a su propio éxito todos los ingredientes de la situación se convierten en hechos que los actores evalúan a la luz de sus propias preferencias individuales, mientras que los actores que actúan orientados por el entendimiento dependen de una comprensión de la situación negociada en común y sólo interpretan los hechos relevantes a la luz de pretensiones de validez intersubjetivamente reconocidas.*

*Pero si orientación al éxito y orientación al entendimiento constituyen para los sujetos agentes mismos una alternativa completa...para una regulación de las interacciones estratégicas que todos los participantes puedan considerar vinculante, han de satisfacer dos condiciones contradictorias que desde el punto de vista de los actores no podrían cumplirse simultáneamente...<sup>436</sup>*

Traslademos toda esta teoría a una Sala de sesiones de un tribunal colegiado, en este caso, los magistrados proponen sus proyectos de sentencia, en los cuales va inmersa la validez que le imprimen a sus actos de habla, en ellos también hacen uso de pretensiones de verdad de acuerdo a su aplicación e interpretación del Derecho, toda esto, es sometido a la consideración de los otros dos intérpretes, los cuales, al discutir los *casos difíciles* tienen dos opciones al momento de discutir la decisión colegiada de las sentencias.

<sup>435</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 88.

<sup>436</sup> *Ibidem.*, pp. 88-89.

La primera de ellas, es que ante lo problemático de la discusión, abandonen el diálogo, y sostengan el sentido de su proyecto, ya sea por voto particular o razón de voto, en este último punto estarían adoptando una acción estratégica, en la cual intentan estabilizar los problemas de la comunicación. Pero en la segunda posibilidad, queda latente el hecho de que se pongan de acuerdo para buscar un entendimiento y a partir de esto, construir nuevamente la comunicación.

Véamos, lo postulado por Habermas:

*El tipo de normas buscado tendría, según esto, que causar en sus destinatarios una disponibilidad a la obediencia basada simultáneamente en la coerción fáctica y en la validez legítima... la validez quedase dotada de la fuerza de lo fáctico, bajo la condición de una polarización ya consumada entre acción orientada al éxito y acción orientada al entendimiento.*<sup>437</sup>

La "acción comunicativa" permite a los operadores del Derecho replantearse la cuestión de la validez de la ciencia jurídica, que da paso a su coercitividad en el mundo de lo concreto y, a cuestionarse, por qué la norma jurídica es válida como idealización del mundo, si al aplicarse a la realidad concreta se confronta con supuestos distintos en los que se genera ese desencanto de supuesta racionalidad y orden social.

El juzgador en un análisis de los procesos comunicativos de la formación de la supuesta voluntad popular, en la creación y aplicación de las leyes, ampliará su perspectiva acerca de lo que realmente es el "sistema derecho", los procesos supuestamente democráticos en los que se construye, la realidad de los sujetos y, finalmente, en su labor jurisdiccional, el juez tendrá que reconciliar todos estos aspectos con los casos concretos que tiene la obligación de resolver.

---

<sup>437</sup> *Idem.*



Un entendimiento de estas semánticas le permite juzgar consciente del mundo en el que reconstruye ideologías sistémicas y discursos desgastados por los grupos en el poder. Probablemente, después de todo, logre aminorar la tensión entre la facticidad del mundo de lo concreto y la validez del mundo del lenguaje, planteada por Habermas.

## 2. *Facticidad y validez*

### *A. La validez de las normas jurídicas en la "acción comunicativa"*

En la dimensión de validez jurídica se entrelazan una vez más facticidad y validez. En el modo de validez del Derecho, la facticidad de la imposición del Derecho por parte del Estado se entrelaza con la fuerza fundadora de legitimidad que caracteriza a un procedimiento de producción del mismo, que por su propia pretensión habría de considerarse racional por ser garantizador de la libertad. Para Kant la relación entre facticidad y validez, estabilizada en la validez jurídica, se presenta como, la conexión interna que el propio Derecho funda entre coerción y libertad. La disciplina jurídica está ligada de por sí con la facultad de ejercer coerción; pero esta coerción sólo se justifica como una restricción de que se ponga un impedimento a la libertad.<sup>438</sup>

La validez del Derecho no tiene otro fundamento ni legitimidad, que su imposición, esto se debe al desenvolvimiento sociológico de las relaciones de dominación a lo largo de la historia, en donde ha llegado hasta nuestros días en la forma del Estado y su organización. El Derecho se impone a la sociedad pretendiendo su legitimidad a través de la división de poderes; en todo esto, Habermas observa que en el caso de la producción del Derecho, si la norma jurídica obedece a un proceso de creación a partir de un consenso racionalmente

---

<sup>438</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 90.

motivado por los participantes en la comunicación -ciudadanos- la norma tendrá legitimidad porque se creó a partir de un consenso democrático.

*...una <<conciliación>> del arbitrio de cada uno con el arbitrio de todos los demás, es decir, la integración social, sólo es posible sobre la base de reglas normativas válidas, que desde el punto de vista moral –<<conforme a una ley general de la libertad>>-merezcan el reconocimiento no coercitivo, es decir, el reconocimiento racionalmente motivado de sus destinatarios...*

*...el concepto kantiano de legalidad: las normas jurídicas son a la vez, aunque en aspectos distintos, leyes coercitivas y leyes de libertad.*

*..Los dos componentes de la validez jurídica, es decir, coerción y libertad... la validez del derecho positivo empieza quedando definida por la siguiente tautología: vale como derecho lo que a conforme a procedimientos jurídicamente válidos queda establecido como derecho...*

*...La validez social de las normas jurídicas se determina por el grado de imposición, es decir, por la aceptación que cabe esperar en el círculo de los miembros de una comunidad jurídica de que se trate...*

*...en la facticidad artificialmente producida de la amenaza que representan unas sanciones jurídicamente definidas, cuya imposición puede reclamarse a los tribunales. Por el contrario, la legitimidad de las reglas se mide por la desempeñabilidad o resolubilidad (sic) discursiva de su pretensión de validez normativa, y en última instancia atendiendo a si han sido producidas en un procedimiento legislativo que quepa considerar racional, o a si por lo menos hubieran podido ser justificadas desde puntos de vista pragmáticos, éticos y morales...<sup>439</sup>*

En este contexto de argumentación, si las normas jurídicas son producto de un proceso legislativo racional, entendiendo por éste, aquel en el que la norma fue sometida a una racionalidad de discurso en términos de la "acción comunicativa". Se puede hablar de producción legislativa racional en términos de comunicación,

<sup>439</sup> *Ibidem.*, pp. 91-92.

lo que es bastante útil para el juzgador, porque se enfrenta a la aplicación de una norma que presumiblemente tiene menos errores.

Esto es igualmente trasladable a la aplicación del Derecho por parte de los tribunales, toda vez que si las decisiones son producto de un acuerdo racionalmente motivado, desde las partes en conflicto hasta las decisiones colegiadas, se legitima el proceso donde la argumentación y las normas aplicables al caso concreto dejan una brecha que usualmente el juzgador llena con su interpretación y convicciones, pero en un consenso racionalmente motivado, estas ilegalidades se substituyen por una deliberación democrática entre los actores y demandados en contienda.

Adoptar frente a una misma norma una "*actitud objetivante*" o una "*actitud realizativa*", para el <<libre albedrío>> o <<arbitrio>> de un actor que se orienta por su propio éxito, la regla constituye una restricción fáctica, con consecuencias calculables para el caso de una infracción. En cambio, para un actor que quiere entenderse con los demás actores acerca de las condiciones que han de guardarse en común para que tengan éxito los planes de acción de cada uno, la regla liga su <<voluntad racional libre>> con la pretensión de normas válidas o legitimidad con que esa regla se presenta, y con la posibilidad de proceder, llegando el caso, al examen crítico de esa pretensión.<sup>440</sup>

Pues según sea la perspectiva elegida, la norma jurídica representará un tipo distinto de ingredientes de la situación: para quien actúa estratégicamente esa norma se sitúa en el plano de los hechos sociales que restringen externamente el espacio de opciones del actor, para quien actúa comunicativamente la norma jurídica se sitúa en el plano de las expectativas de comportamiento dotadas de

---

<sup>440</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 93.

carácter obligatorio, en relación con las cuales se presupone entre los miembros de la comunidad jurídica un acuerdo racionalmente motivado.<sup>441</sup>

La validez jurídica de una norma significa que vienen garantizadas ambas cosas a la vez: tanto la legalidad del comportamiento en el sentido de una observancia estadísticamente media de la norma, observancia que en caso necesario se consigue mediante sanciones, como también la legitimidad de la regla misma, que hace posible en todo momento una observancia de la norma por respeto de la ley.<sup>442</sup>

*Un orden jurídico no sólo tiene que garantizar que cada persona sea reconocida en sus derechos por todas las demás personas; sino que el reconocimiento recíproco de los derechos de cada uno por todos los demás tiene que descansar en leyes que serán legítimas en la medida que garanticen iguales libertades para todos, de suerte que <<la libertad del arbitrio en cada uno sea compatible con la libertad de cada uno de los demás>>... El proceso de producción de normas constituye por tanto en el sistema jurídico el auténtico lugar de la integración social... Del ahí que el concepto mismo de derecho moderno... lleve ya el germen de la idea democrática desarrollada por Rousseau y Kant, a saber, que la pretensión de legitimidad de un orden jurídico construido de derechos subjetivos sólo puede desempeñarse o resolverse mediante la capacidad de integración social aneja a la <<voluntad concordante y unida de todos>> los ciudadanos libres e iguales.<sup>443</sup>*

Si en la formación de las leyes (proceso legislativo), el legislador está consciente de la totalidad y de la trascendencia social de los derechos de todos los grupos, así como de la integración del entorno sociedad y de todos aquellos

<sup>441</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>442</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>443</sup> *Ibidem.*, pp. 94-95.

"...Pero la facticidad de la producción del Derecho se distingue de la imposición del Derecho por vía de sanción en la medida en que la permisión de recurrir a la coerción jurídica ha de hacerse derivar de una expectativa de legitimidad asociada a la decisión que toma el legislador –que también podría ser otra y por principio es susceptible de corrección-. La positividad del Derecho lleva aneja la expectativa de que el procedimiento democrático de producción del Derecho fundamente o funde una presunción de aceptabilidad (sic) racional de las normas estatuidas..."

grupos vulnerables o excluidos de regulación jurídica, teniendo en cuenta los elementos que los excluyen de la tematización de las diversas realidades dentro de la conformación de las normas jurídicas, así al juzgador al momento de aplicar las leyes en la resolución de los conflictos jurídicos se le resta un problema de integración de realidades excluidas, porque éstas ya fueron integradas en el proceso de formación del Derecho.

En estos términos se aminora la tensión entre la aplicación del sistema jurídico a los problemas concretos, generándose una validez y legitimidad del Derecho, que se ve reflejada en una coherente racionalidad en las decisiones jurisdiccionales, que efectivamente resuelvan los conflictos sociales y, no sólo remitan a la recursividad del "*sistema Derecho*", porque en un proceso de <<consenso comunicativo>> se integran racionalmente, la realidad concreta con las idealizaciones contenidas en las normas, en este punto ya podemos vislumbrar un Estado de Derecho y no argumentos retóricos como los que hasta ahora emplean los juzgadores para justificar sus decisiones.

Argumentos en los que sólo abusan aludir al Estado de Derecho, garantías individuales, etcétera; pero que en realidad no lo efectúan en la forma de emisión de los fallos de amparo. No basta con que lo mencionen, es necesario que entiendan la implicación política y social de tales términos y no sólo que los empleen como adornos retóricos de sus sentencias.

### **B. La reformulación de la validez del Derecho**

Es necesario reconfigurar la concepción de la validez del Derecho, en este cambio de semántica habrá que dar razones a favor y en contra respecto de un tópico, y no sólo justificar con la argumentación en términos de todo aquello que convence a las partes en un proceso, sino también explicar todas aquellas

razones que se desechan y por qué se desdeñan. Al respecto, Habermas sostiene:

*...Y la diferencia entre validez de un enunciado y tener por verdadero un enunciado se explica reduciendo el concepto de validez ideal al de afirmabilidad racional (sic) bajo condiciones ideales, es decir, haciendo referencia solamente a la resolución o desempeño discursivo de pretensiones de validez... Lo que es válido ha de poder acreditarse contra las objeciones que tácitamente puedan presentarse.*

*... la dimensión de validez sólo se constituye en el lenguaje mismo a través de una tensión entre facticidad y validez: la verdad y las condiciones discursivas de la aceptabilidad racional (sic) de las pretensiones de verdad se explican mutuamente.<sup>444</sup>*

En el proceso de toma de decisiones, el juzgador somete a examen las pretensiones de validez de las partes en conflicto, las cuales concatenadas a la luz del análisis de las pruebas aportadas durante el procedimiento, integran la decisión con lo que preceptúa el Derecho.

En este proceso de formación de la decisión, el juez tiene que estudiar los elementos proporcionados, examinando si lo que pretenden las partes soporta el escrutinio de la validez, en cuyo caso aquellas pretensiones que intenten ser válidas tienen que confrontarse con sus refutaciones.

En este sentido, se contrapondrán razones en ambos casos; es decir, si la acción de una de las partes pretende prosperar o si las excepciones y defensas del demandado pretenden desvirtuar la acción, el juez debe estudiar si cada una de estas posturas soporta razones para desvirtuarlas. En el análisis de las pretensiones de validez de las partes en litigio, el juzgador tiene que razonar todos los argumentos que construyan y destruyan a la vez a ambas y, no sólo irse por la

---

<sup>444</sup> *Ibidem.*, p. 97.

vía fácil en el sentido de requerir fórmulas sacramentales en la elaboración de los argumentos para que sea dable su estudio.

En el juicio de amparo en materia civil, el análisis de los conceptos de violación por parte de los jueces, sólo se da si los quejosos o recurrentes realizan sus manifestaciones evidenciando la causa de pedir, entendiendo por ésta, un principio de impugnación, que evidencie la afectación que resiente el quejoso en su esfera jurídica; si de los conceptos de violación o agravios no se demuestra este principio de impugnación, el juez o tribunal no emprende el estudio de tales manifestaciones.

Es necesario que esta situación se reconfigure, porque si hemos dicho que el juzgador debe analizar las tomas de postura de las partes, para reconstruirlas con razones que las fundamenten o las hagan insostenibles a la luz de las pruebas o Derecho, no realizaría esta labor de construcción de una decisión racional, si no atiende al estudio de los argumentos porque éstos no reúnen requisitos, que ni siquiera están previstos en la ley, sino que, son exigencias de una interpretación jurisprudencial.<sup>445</sup>

---

<sup>445</sup> Véase la interpretación jurisprudencial en este sentido, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, op. cit.*, nota 32, Tesis: I.4o.A. J/33, Registro No. 180929, t. XX, agosto de 2004, Novena Época, p 1406. "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. SON INOPERANTES SI NO SE REFIEREN A LA PRETENSIÓN Y A LA CAUSA DE PEDIR. Los conceptos de violación o agravios deben indefectiblemente encontrarse vinculados y relacionados con el contexto litigioso que se sometió a la jurisdicción ordinaria. Como antecedente conviene puntualizar el contenido de la frase "pretensión deducida en el juicio" o petitum al tenor de lo siguiente: a) La causa puede ser una conducta omitida o realizada ilegalmente, o bien, el acto ilícito que desconoce o viola un Derecho Subjetivo que es motivo de la demanda y determina la condena que se solicita al Juez que declare en su sentencia, es decir, es la exigencia de subordinación del interés ajeno al propio; b) La pretensión o petitum es la manifestación de voluntad de quien afirma ser titular de un Derecho y reclama su realización; c) El efecto jurídico perseguido o pretendido con la acción intentada y la tutela que se reclama; y, d) El porqué del petitum es la causa petendi consistente en la razón y hechos que fundan la demanda. Así las cosas, los conceptos de violación o agravios deben referirse, en primer lugar, a la pretensión, esto es, al qué se reclama y, en segundo lugar, a la causa petendi o causa de pedir, que implica el porqué de la pretensión, incluyendo los fundamentos o razones y los hechos de la demanda, así como las pruebas (que son la base de lo debatido). La conexión o relación de estas últimas sólo debe darse con los hechos, que son determinantes y relevantes para efectos de la pretensión, en virtud de ser el único extremo que amerita y exige ser probado para el éxito de la acción deducida, tal como lo establecen los artículos 81 y 86 del Código Federal de Procedimientos Civiles. En tal orden de ideas, si la quejosa no señala la parte de las

*En el plano de la acción comunicativa, con el empleo del lenguaje orientado al entendimiento, mediante el que los actores coordinan sus acciones, esa relación de tensión penetra en el mundo de los hechos sociales... En la medida en que la coordinación de la acción y por tanto la concatenación de interacciones discurre a través de procesos de entendimiento, las convicciones intersubjetivamente compartidas constituyen el medio de la integración social... Las convicciones que se tornan problemáticas sólo pueden apoyarse o revisarse mediante razones. Pero las razones no son disposiciones a tener opiniones... las razones constituyen más bien la moneda de un intercambio discursivo, mediante el que se desempeñan pretensiones de validez susceptibles de crítica. Las razones deben su fuerza racionalmente motivante a una interna relación con la dimensión que representa el significado y la dimensión que representa la validez de expresiones lingüísticas...<sup>446</sup>*

Ahora bien, analicemos la discusión que sostienen los "Hércules" en una Sala de sesiones de un tribunal colegiado; si éstos adoptan un lenguaje orientado al entendimiento, podrán llevar a cabo la coordinación de sus acciones, que en este caso es la discusión de los asuntos, la toma de decisiones colegiadas y, por ende, el intercambio de análisis para obtener decisiones racionalmente discutidas mediante consenso.

Para que estos objetivos se puedan lograr, es necesario que los sujetos en la interacción comunicativa inicien procesos de entendimiento, a partir de ello, parten del hecho de tener convicciones intersubjetivamente compartidas, por las cuales se pueden integrar en la discusión. En este aspecto, tienen que abandonar sus fines ilocucionarios, sus pretensiones de validez estratégicamente orientadas al éxito personal, así como su "actitud objetivante".

---

consideraciones de la sentencia que reclama, motivo de controversia, o se limita a realizar meras afirmaciones, bien sean generales e imprecisas o sin sustento o fundamento, es obvio que tales conceptos de violación son inoperantes y no pueden ser analizados bajo la premisa de que es menester que expresen la causa de pedir."

<sup>446</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 193, pp. 97-98.



Una vez realizado lo anterior, si los sujetos en la comunicación adoptan una "*actitud realizativa*" en la toma de posturas de los otros integrantes de la comunicación, ya están –o al menos eso esperamos- abiertos al diálogo. En la discusión podría acontecer que se den cuenta de que disienten en algunos aspectos de un caso difícil, en cuya situación, las razones de disentimiento tienen que fundarse sobre argumentos que construyan y destruyan a la vez la postura que adopten.

Por ejemplo: Pensemos que el caso difícil se trata de una acción de un juicio ordinario civil, rescisión de contrato, en la que entre las prestaciones reclamadas por el actor, se encuentra el pago de diez millones de pesos, el actor funda su pretensión de validez en el hecho de que celebró un contrato de compraventa con el demandado, para lo cual fue pagando paulatinamente el precio total de la compraventa, y al efecto, la concubina del demandado le fue entregando recibos de dichos pagos. El demandado al contestar la demanda, lo hace por medio de su tutriz, ya que fue declarado interdicto, y ésta sostiene, que el demandado nunca celebró el contrato aludido y a su vez niega haber recibido el dinero por la compraventa. En la vista que se da al actor con la contestación a la demanda, éste manifiesta que él no tenía conocimiento de que el demandado había sido declarado en estado de interdicción. En la etapa probatoria ninguna de las partes ofrece prueba alguna en el sentido de acreditar o desvirtuar que el demandado estaba o no en estado de interdicción al momento de la celebración del contrato, y en caso de que no lo estuviera, que consintió que su concubina recibiera los pagos.

En este caso, los jueces o magistrados, en su caso, tendrán que analizar las posturas que fundamenten que le asiste la razón al actor, pero al mismo tiempo todas aquellas que sostengan lo contrario, en la contraposición de éstas,

las convicciones en la discusión se tornarán problemáticas y para solucionar este conflicto habrá que dar verdaderas razones en ambos sentidos.

Por ejemplo: Las razones que apoyen la postura del actor se podrían formular en el sentido de que, la carga de la prueba de acreditar que el demandado se encontraba en estado de interdicción al momento de la celebración del contrato, le correspondía a la tutriz del demandado, porque exigir esto al actor, equivaldría a decir que probara un hecho negativo, en cuyo caso, esto no es permitido por la legislación procesal mexicana. En este caso, se tendría que conceder el amparo al actor quejoso, para el efecto de que la Sala responsable valorara este aspecto y emitiera nuevamente su decisión.

Pero a la par del estudio de las razones que apoyen al quejoso actor, también se tendrían que dar razones que desvirtúen su postura, en este tenor, podría decirse que tenía la carga de la prueba de acreditar por qué realizó pagos a un tercero, si la relación contractual fue celebrada con el demandado y no con su concubina.

Al tenor de lo expuesto, podríamos dar más supuesto de posturas de defensa y deconstrucción de este caso, pero la cuestión trascendental a subrayar es que, cuando los juzgadores se ven enfrentados a este tipo de casos difíciles, se van entretejiendo un entramado de posibilidades de solución, que posiblemente dependiendo del juzgado o tribunal, en el cual el asunto se estudie, se darán las más diversas soluciones.

Pero si a través de la discusión, los asuntos problemáticos son analizados tomando en cuenta las razones que apoyan y las razones que desvirtúan una situación; se defiende como toma de postura, ambas razones en la discusión, ya no sólo se gestan opiniones de "*principios*" en base a lo justo o injusto, sino que

mediante la asunción de diversas razones que muestren en perspectiva el panorama del asunto en conflicto, constituye un intercambio razonamientos que efectivamente se deliberan, porque todas las pretensiones de validez que expongan los operadores jurídicos, necesariamente revelarán que son susceptibles de crítica, lo cual aporta elementos de discusión, en la que al final de todo este proceso, con independencia de la solución que se adopte, se habrá cursado un sumario de deliberación racionalmente motivado.

Las razones tienen de por sí un doble filo, porque pueden afianzar convicciones y también desestabilizarlas. La integración social en la medida en que se apoya en razones, no resulta inmune al efecto desestabilizador de las razones devaluadoras. La tensión ideal que irrumpe en la realidad social procede de la aceptación de pretensiones de validez, que genera hechos sociales y los perpetúa, descansa en la aceptación de razones dependiente del contexto, la cual está siempre expuesta al riesgo de ser devaluada por mejores razones y por procesos de aprendizaje que cambian ese contexto.<sup>447</sup>

*...La acción comunicativa sólo puede domesticar el riesgo de disenso que lleva en su seno aumentando ese riesgo, a saber, estableciendo duraderamente discursos...*<sup>448</sup>

El permanente riesgo que representa la contradicción, que representa el decir que no, queda institucionalizado en forma de discursos y convertido en la fuerza productiva de una formación de la opinión y la voluntad política presuntivamente racionales. El Derecho debe su fuerza vinculante a la alianza que entablan la positividad de éste y su pretensión de legitimidad.<sup>449</sup>

---

<sup>447</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>448</sup> *Ibidem.*, p. 99.

<sup>449</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 100-101.

Si los discursos de las decisiones judiciales toman las razones contraponiéndolas con todo aquello que las pudiera desvirtuar, se forman discursos racionalmente motivados, que sirven de condiciones de posibilidad para la acción en los que se aminora la tensión entre facticidad y validez.

La necesidad de organizar en forma de Derecho Legítimo el propio poder político, al que se recurre para imponer el Derecho (y para aplicarlo de forma autoritaria) y al que el mismo debe su positividad. Al *desiderátum* de una transformación jurídica del poder que el Derecho mismo presupone, responde la idea de Estado de Derecho. Con la idea de Estado de Derecho se pone en marcha una espiral de autoaplicación del Derecho, la cual tiene por fin hacer valer la suposición internamente inevitable de la autonomía política frente a la facticidad del poder no jurídicamente domesticado que se introduce en él.

La configuración del Estado de Derecho puede entenderse como la secuencia básicamente abierta de disposiciones, precauciones y cautelas aconsejados por la experiencia contra el avasallamiento del sistema jurídico por el poder ilegítimo de los estado de cosas, es decir, de las circunstancias y relaciones sociales y políticas, que contradiga la autocomprensión normativa del Derecho. Se trata aquí de una relación externa entre facticidad y validez, una tensión entre norma y realidad, que representa ella misma un desafío a que se la elabore normativamente.<sup>450</sup>

*Las sociedades modernas no sólo se integran socialmente, es decir, por medio de valores, normas y procesos de entendimiento, sino también sistémicamente, es decir, a través de mercados y de poder empleado administrativamente. El dinero y el poder administrativo son mecanismos de integración de la sociedad, formadores de sistemas, que coordinan las acciones de forma no necesariamente a través de la conciencia de los participantes en la interacción y, por tanto, no mediante gasto de energías comunicativas... La mano*

<sup>450</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 101-102.

---

*invisible del mercado es desde Adam Smith el ejemplo clásico de tal tipo de regulación o control.*<sup>451</sup>

En este aspecto de la teoría, Habermas ya subraya el hecho de que en la sociedad moderna, el proceso de integración social obedece a lógicas sistémicas, de ideologías económicas impuestas, en la que la interacción de los sujetos se guía por lo económico, que sólo obedece a su lógica de mercado. En este punto, se ve la convergencia de opinión entre Luhmann y Habermas. El problema se agranda cuando tomamos en consideración que el Derecho es elemento que da validez, a esta facticidad que se legitima por los ordenamientos jurídicos.

Como medio de organización de un poder político, que está referido a los imperativos funcionales de un sistema económico diferenciado atendido a su propia lógica, el cual acaba determinando la estructura lógica del orden social, el Derecho Moderno resulta ser, precisamente por esa razón, un medio profundamente equívoco de integración de la sociedad.

Muy a menudo el Derecho presta al poder ilegítimo una apariencia de legitimidad. Y esa apariencia no permite a primera vista reconocer si lo que el Derecho opera en lo tocante a la integración de la sociedad, es decir, las operaciones del sistema jurídico en lo tocante a la integración, vienen sostenidas por, o tienen su base en, el asentimiento de todos los ciudadanos asociados, o si resultan de la autoprogramación estatal y del poder socioestructural y, apoyadas sobre esa base material, generan la necesaria lealtad de la población.<sup>452</sup>

La tensión entre el idealismo de Derecho Constitucional y el materialismo de un orden jurídico, en particular de un Derecho Económico, que no hace sino reflejar la desigual distribución del poder social, encuentra eco en los

---

<sup>451</sup> *Idem.*

<sup>452</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 102-103.

contrapuestos caminos que toman la consideración filosófica y la consideración empírica del Derecho.<sup>453</sup>

### 3. Crítica de Habermas a las concepciones filosóficas de la justicia de: Luhmann, Rawls y Dworkin

La intención de construir en términos del Derecho Natural racional las instituciones básicas del orden social, viene a parar en todas las teorías contractualistas en que la sociedad queda entendida en conjunto como un producto intencional resultante de la asociación voluntaria de miembros que originalmente son autónomos y libres. Esta sorprendente idea sólo puede ser plausible sobre el trasfondo de que la sociedad civil empieza apareciendo como una base natural, como un *estado de naturaleza* en el que las partes se topan unas con otras, como siendo de por sí, iguales y libres.<sup>454</sup>

De un conjunto de condiciones que posibilitan la libertad y, por tanto, donadoras de autoridad, bajo las que los individuos se asocian con "*libertad y conciencia*" y, someten el devenir social al control común de todos, la sociedad civil se transforma en un sistema en que se despliega una dominación anónima, un sistema que se autonomiza frente a las intenciones de individuos que se ven atrapados en formas de relación social ajenas a su conciencia, de una sistema que sólo obedece ya a su propia lógica y que somete a la sociedad en conjunto a los imperativos de su autoestabilización, a los que sólo cabe descifrar ya en términos económicos. El modelo realista de una *sociación* no-intencional, anónima, que se efectúa a espaldas de los actores, disuelve el modelo idealista de una asociación intencionalmente producida a la que los propios miembros de la comunidad jurídica dan continuidad.<sup>455</sup>

---

<sup>453</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>454</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 107.

<sup>455</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 108-109.

Las comunicaciones jurídicamente estructuradas o las comunicaciones controladas por el Derecho, son descritas en un lenguaje que, al articularse en términos objetivistas, hace caso omiso de la autocomprensión de los actores y que no busca conectar ni puede hacerlo con el saber regido por la intuición de los participantes. El sistema jurídico, como un proceso o ciclo de comunicación recursivamente cerrado, se deslinda de tal suerte de sus entornos, que sólo desarrolla sus relaciones externas a través de *observaciones*. Describe a sus propios componentes en categorías jurídicas y utiliza estas tematizaciones para construir y reproducir con sus propios medios actos jurídicos. Este sistema jurídico que se ha vuelto autónomo ya no puede mantener un intercambio directo con sus entornos internos a la sociedad ni tampoco obrar regulativamente sobre ellos.<sup>456</sup>

En este punto, encontramos una coincidencia teórica entre Habermas y Luhmann, ya que ambos postulan que el Derecho no logra extraerse de su propia lógica y, que ello, demuestra su anacronismo, así como su ineficacia para resolver los problemas que en un principio se gestaron en el entorno social antes que se tematicen en los lingüístico y jurídico; ya que son conflictos de la ciencia jurídica, sólo si ésta disciplina los lanza a la comunicación. De lo contrario, no existen en el lenguaje, no son resueltos y, por lo tanto, se excluyen.

#### *A. Crítica de Habermas a la concepción de justicia de Luhmann*

Habermas no está de acuerdo con Luhmann, en la forma en la que este último concibe la justicia. Al respecto manifiesta, lo siguiente:

---

<sup>456</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 111-112.

*...Como las razones son difícilmente sustituibles como garantes de las decisiones, al jurista le parece como si las razones justificasen la decisión y no las decisiones las razones...<sup>457</sup>*

*...esas razones son medios con los que el sistema jurídico se convence de sus propias decisiones. Pero si las razones ya no disponen de la fuerza intrínseca de motivar racionalmente, si las razones, como reza la fórmula de Luhmann, no pueden razonarse, esa cultura de la argumentación, desarrollada con tanto trabajo, solicitud y empeño el sistema jurídico, se convierte en un enigma. Habría que explicar por qué <<se necesitan razones que no son en absoluto razones>>.*

*La respuesta que Luhmann ofrece no es muy convincente. Es más o menos la siguiente: Si las <<informaciones>> hacen conocido lo desconocido y si las redundancias representan repeticiones de lo conocido, entonces las comunicaciones pueden entenderse en general como una conversión en curso de las informaciones en redundancias. Las argumentaciones suministran lo mismo a nivel reflexivo. Utilizan razones para asegurar con la ayuda de las redundancias existentes un nivel suficiente de redundancia y operar de ese modo en dirección contraria a la presión que las informaciones que llegan ejercen orden al introducir variaciones. Correspondientemente, las argumentaciones jurídicas elaboran la necesidad de fundamentación que surge por la presión variativa que ejercen nuevos casos con el fin de asegurar a lo largo del tiempo la consistencia de las decisiones; erigen, por tanto, una barrera dogmática contra la disponibilidad cognitiva a la adaptación en el contexto de una práctica de toma de decisiones basada en ponderación y orientación a intereses. Esta propuesta no me parece plausible porque la supuesta conservación dogmática del derecho vigente mediante restricciones a la argumentación parece que fuese algo que pudiese obtenerse sin riesgos. Pero las razones no solamente tienen una función de redundancia, sino que de por sí representan un arma de dos filos: no solamente aseguran la coherencia de un determinado acervo de saber, sino que también son innovadoras al interpretar lo nuevo en términos nuevos y cambiar así los contextos de conocimiento. De ahí que las decisiones jurídicas concernientes a principios exijan también un gasto en argumentación muy superior al de las decisiones de rutina. Por lo*

---

<sup>457</sup> Luhmann, Niklas, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt a. M., 1986, p. 33, citado por Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998, p. 114.



*demás, un tipo de consideración articulada en términos de teoría de sistemas no puede explicar la función intrínseca de la fundamentación, a saber, la función de evitar o corregir errores, porque no permite una distinción entre decisiones jurídicas fácticas y decisiones jurídicas correctas.*<sup>458</sup>

En el análisis de la Teoría de Sistemas, se hizo referencia a la forma en la que efectivamente el "sistema derecho" funciona, a su clausura operativa, a la manera en que la unidad del sistema jurídico marca la unidad de la distinción a partir de la cual, el sistema proporciona una "codificación binaria", para tematizar los problemas jurídicos, construyendo así, la racionalidad jurídica: conforme a Derecho/no conforme a Derecho.

En la crítica que Habermas hace a la Teoría de Sistemas elaborada por Luhmann, se focaliza en las observaciones que realiza Luhmann, respecto de las razones jurídicas, en las que afirma este último, que son medios por los cuales el "sistema derecho" se autoconviene de sus propias determinaciones y lógicas, las cuales, finalmente aluden y evidencian la recursividad del "sistema derecho". Toda vez que de acuerdo con Luhmann, las informaciones que proporciona el sistema jurídico son redundancias y, es precisamente esto, lo que se traslada a las comunicaciones.

En el punto anterior, Habermas objeta a la Teoría de Sistemas, que las razones no sólo constituyen elementos recursivos del "sistema derecho", sino que aseguran la coherencia de un determinado saber, en el sentido de que las razones introducen informaciones innovadoras, porque en la interpretación se añaden elementos nuevos, cambiando con ello, los contextos de conocimiento. Y que la aspiración del sistema no sólo es o debe ser, evitar errores o, en su caso, corregirlos. En este tenor, puntualiza que la inconsistencia en la Teoría de

---

<sup>458</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 193, pp. 114-115.

Sistemas se hace patente en el hecho de que no contiene una distinción a partir de decisiones jurídicas fácticas y decisiones jurídicas correctas.

Por su parte Luhmann, contesta a Habermas, que la validez del Derecho está sustentada sobre una cualificación normativa, sustentada sobre la legitimidad (*Gültigkeit*)<sup>459</sup> de la validez, dado que sólo de esta manera, tanto el sistema político como el del Derecho podrían quedar legitimados y, objeto a Habermas, el hecho de que aplique una ética del discurso. "*Válidas son aquellas formas de acción en las que los posibles afectados, participando en un discurso racional, podrían dar su consentimiento.*"<sup>460</sup>

En este sentido, Luhmann asevera que, lo de Habermas puede funcionar sólo como ficción jurídica. Porque se supone que el requerimiento de un consentimiento racional se cumple, si se observan las reglas habituales del procedimiento, reguladas por el Derecho Estatal. Partiendo de este supuesto, se podrían desarrollar ciertas "mejoras" en los procedimientos legales de "mejoras", que no tendrían efectos sobre la validez del Derecho. La validez se fundamenta en una especie de idealización de lo ausente.<sup>461</sup>

*En el fondo Habermas generaliza solamente la vieja regla liberal de que cualquiera puede aprovechar su libertad ("=" tomar en cuenta la validez), mientras que esto no dañe a otros ("=" los afectados no podrían contradecir con razones sensatas). No obstante, es difícil imaginarse tan sólo un caso en el cual esta regla fuera aplicable, bajo las condiciones actuales...*

*Habermas mismo habla de "suposición de aceptabilidad racional", en el lugar citado; sin embargo, esto no es válido para el discurso normal teórico jurídico acerca de la validez del derecho. Este discurso refleja casi todas las controversias que se desarrollan actualmente dentro de la teoría del derecho y en las que falta una*

<sup>459</sup> Validez.

<sup>460</sup> Luhmann, Niklas, *op. cit.*, nota 247, paráfrasis, p. 155.

<sup>461</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 156.

*delimitación del fenómeno frente a otros aspectos de la evaluación del derecho.*

*...La validez es sólo la forma en la que las operaciones hacen referencia a su participación en el sistema, ya que están adjudicadas al contexto de otras operaciones del mismo sistema desde el momento en que lo reproducen. La validez es la forma en la que se participa de la unidad del sistema.*

*El símbolo actual de validez es un logro de la semántica de la modernidad.*

*El símbolo de la validez será anexado a las expectativas normativas del sistema.*

*...para cruzar de un lado al otro -cruzar el límite- del código derecho/no derecho, se requiere de símbolo de la validez...<sup>462</sup>*

En esta controversia, si bien es cierto, como lo señala Luhmann, las razones finalmente reflejan la recursividad del sistema, porque el Derecho trabaja de esta forma, también lo es, que no podemos soslayar lo plausible del análisis de Habermas; ya que éste parte de una *suposición de aceptación racional* entre los sujetos a los que habrá de ser aplicado el Derecho.

En este sentido, al margen de cómo funciona el sistema, el consenso racional del cual parte Habermas da una perspectiva diferente al problema, porque ya sabemos como funciona el sistema, pero tenemos que dar una propuesta que permita superar sus inconsistencias y, es precisamente en este aspecto, que la *"acción comunicativa"* permite vislumbrar consensos racionalmente motivados, que si bien se fundamentan sobre la base necesaria de un consenso de los participantes en la comunicación, también es que todos los partícipes de este proceso, comparten el mismo mundo de la vida, en los que hay una visión intersubjetivamente compartida sobre la que se puede construir una racionalidad democrática.

---

<sup>462</sup> *Ibidem.*, pp. 156, 159, 161-163.

Sin embargo, en el intento de reconstruir una Teoría del Derecho no podemos ignorar como funciona éste, porque es en el entendimiento de su funcionamiento y en el análisis de sus inconsistencias, que estaremos en condiciones de construir una conciliación entre el mundo fáctico y la forma en la que el lenguaje jurídico edifica el deber ser del mismo; dando paso a la formación de una ciencia jurídica que incluya las realidades que deja fuera el "sistema derecho" y, que al no ser objeto de tema, bajo su código conforme a Derecho/no conforme a Derecho, no resuelve. Es este sentido es necesario hacer énfasis en las cuestiones que evidencian la tensión entre facticidad y validez.

Así, podemos aseverar que no obstante, que la Teoría de Sistemas y la Teoría de la Acción Comunicativa divergen acerca de lo que las razones jurídicas implican, el avance que da la primera de ellas, nos sirve para observar las inconsistencias en el Derecho y, la segunda, para construir una propuesta, en la que se aminoren los efectos de las operaciones sistémicas en la realidad concreta.

Por ello, no deja de ser plausible lo afirmando por Luhmann, en el sentido de que la tarea especial de la autodescripción del sistema jurídico no consiste en la justificación de la decisión altamente diferenciada, sino en la representación de la unidad, de la función, de la autonomía y de la indiferencia del sistema. En este contexto, la distinción entre normas y hechos (de cardinal importancia para el sistema) no se identifica en el sentido de facticidad, sino en el sentido de normatividad. Esto significa, que para el sistema resulta inaceptable considerar las normas como meros hechos (por ejemplo, como expectativas fácticas de comportamiento). En lugar de ello se privilegia -ante el trasfondo indiscutible de la necesidad de las normas para la continuación de la sociedad- una simbolización tautológica de la normatividad: las normas designan aquello que es debido.<sup>463</sup>

<sup>463</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 571 y 573.

El concepto de fuente de Derecho designa aquel punto en el que la autodescripción se detiene y no permite que se siga preguntando, el "*sistema del derecho*" es la fuente del Derecho. Pero claro, esto lo puede decir tan sólo un observador externo. No se debe argumentar tautológicamente y, por ende, estérilmente. La metáfora de la fuente del Derecho tiene la función de fórmula de contingencia en lo que respecta a la validez, así como vista desde la Teoría Racional del Derecho el concepto tiene una legalidad material. La metáfora fuente del Derecho transforma una tautología en una secuencia de argumentación y permite que algo externo, artificial y contingente, aparezca a la mirada interna del sistema como natural y necesario.<sup>464</sup>

Mientras las constituciones sean válidas -y, por tanto, incontrovertidas-, el Positivismo puede apelar a la constitución y con eso evadir las fuentes del Derecho. Y la razón implica el señalamiento de que, en el caso de una carga de selección de tales características, es necesario que existan fundamentaciones que, en última instancia, se fundamenten a sí mismas. Ambas fórmulas ocultan, con fines de auto descripción, el hecho de que el sistema opera sin un sustento trascendental y sin ninguna intervención divina. Pero con ellas se oculta también la circunstancia de que el sistema depende, el lugar de eso, de innumerables acoplamientos directos e indirectos los que, a su vez, son inadecuados como fundamento de la validez del Derecho. Las excepciones que se han intentado, el sujeto y su conciencia para la razón, por una parte, y la constitución para la positividad del Derecho, por la otra, ocultan las dependencias sociales y, en un sentido más amplio, ecológicas del sistema jurídico.<sup>465</sup>

---

"Aun cuando uno se apegue firmemente también, como hace Habermas, a la exigencia de una fundamentación razonable de Derecho para nuestra época "posconvencional" y trate de indicar el camino que conduce a ello sirviéndose de una teoría del discurso, no es posible conciliar esto una fundamentación iusnaturalista -y, en esa medida, rígida- del Derecho."

<sup>464</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 599.

<sup>465</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 599, 606.

El sistema jurídico está obligado a ajustar su autodescripción en un entorno en el que los sistemas autorreferenciales producen turbulencias que no pueden controlarse desde ninguna posición y que, con mayor razón, no pueden ordenarse jerárquicamente. Es ésta precisamente la base a partir de la cual deben reproducirse las expectativas en la forma de normatividad contrafáctica. El sistema jurídico ha reaccionado a ello de distintas maneras. Por medio de listas de valores (casi quisiera uno decir: por listas de espera) que garantizan la unidad en forma de principio que necesita de una "ponderación" en todos los casos que requieran decisión; y que, por consiguiente, se basan, desde el punto de vista institucional, en la incertidumbre autogenerada del futuro, cumpliendo, a pesar de ello, su función.<sup>466</sup>

El problema de si uno quiere o no mantenerse en esta situación a resguardo del concepto de "positividad" del Derecho y de "Positivismo Teórico", forma parte, en mayor y menor medida de la táctica semántica. De ser afirmativa la respuesta al mismo, tendría que abandonarse la idea de una composición basada en la autoridad del Derecho, la idea de una fuente de validez ubicada detrás de ella, que por así decirlo, trascendería hacía arriba al Derecho. Ni el Estado ni la razón ni la historia legitiman el Derecho.<sup>467</sup>

*...uno de los logros más importantes de la Teoría del Derecho de Jürgen Habermas es precisamente haber reconocido este carácter de anacronismo de todo recurso a la historia natural, a los principios morales o a la razón práctica... Lo que nos resta es la generación constante de contingencias como valores distintos, renovados por la recursividad del sistema jurídico. Bajo estas condiciones generales se hace necesario encontrar autodescripciones capaces de sostener en nuestros días.<sup>468</sup>*

---

<sup>466</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 611.

<sup>467</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 612.

<sup>468</sup> *Idem.*

Por otra parte, el "sistema derecho" está obligado a incluir -y no a excluir- precisamente, la negación de esta autonomía y la negación de todas las convenciones que la sujetan, si es que pretende garantizar su propia autonomía. El sistema no puede prever posiciones que, pase lo que pase, tengan la razón o las cuales se les conceda siempre la razón, sin consideración alguna por las condiciones del sistema. Lo que no puede haber es un Derecho incondicionado de autoexención. En relación a un "Derecho" de este tipo no podría decidirse si se le ha de ubicar dentro o fuera del sistema. En otras palabras: la autonomía no puede entenderse como algo arbitrario; contiene una prohibición de la autoexención que impide la discrecionalidad y fuerza del sistema a someterse a la ley de la autoespecificación histórica. El concepto central aquí es el "decisionismo". La insuficiente en el análisis de esta posición la hace, sin embargo, susceptible de un fácil rechazo.<sup>469</sup>

#### **B. Crítica de Habermas a la concepción de justicia de Rawls**

Habermas no está de acuerdo con Rawls, en la forma en la que este último concibe la justicia. Al respecto manifiesta, lo siguiente:

*En una sociedad pluralista la teoría de la justicia sólo podrá contar con ser aceptada si se limita a una concepción que sea postmetafísica en sentido estricto, es decir, si evita tomar partido en la disputa entre formas de vida y concepciones del mundo, que compiten unas con otras... tiene que contar con una diversidad de formas de vida y planes de vida que han de coexistir dotados de unos mismos derechos;... La teoría de la justicia tiene que limitarse, por tanto, al estrecho círculo de aquellas cuestiones político-morales básicas, en las que razonablemente cabe esperar un overlapping consensus; y esas cuestiones son precisamente aquellas que afectan valores neutrales en que se refiere a concepción del mundo y aceptables por todos. Se buscan principios o normas que encarnen intereses susceptibles de universalización.<sup>470</sup>*

---

<sup>469</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 620 y 624.

<sup>470</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 193, pp. 121-123, 125.

En el estudio de la Teoría de los Derechos en Serio, se analizó lo tocante a la Teoría de la Justicia de Rawls, bajo la perspectiva de Dworkin, lo problemático en esta corriente es la búsqueda de la universalización de los "*principios*" o normas, porque ante la multiplicidad de formas de vida y concepciones del mundo, se intenta hacerlos converger en unos mismos derechos.

Veamos la postura de Habermas:

*...Dworkin viene exigiendo, pues, a la teoría no sólo la carga de fundamentar principios de justicia abstractos que... le exige también la tarea de fundar esos principios en formas de vida...*

*...El lugar del predominio deontológico de lo correcto no lo justo sobre lo bueno, Dworkin trata de desarrollar una ética liberal que, ciertamente, sea lo suficientemente formal como para ser compatible con el disenso que, razonablemente, cabe esperar acerca de las orientaciones preferidas de la vida, pero que sea todavía lo bastante sustancial como para suministrar a los principios liberales abstractos un contexto de motivación...*

*La debilidad de la tentativa de Rawls...no tiene sólo como ingrediente el pluralismo de ideales de vida y orientaciones de vida que compiten unos con otros, sino que está formada por la materia,*

---

"Rawls, en su teoría de la justicia, ha desarrollado la idea de una sociedad bien ordenada en condiciones modernas de vida. Ésta constituye un sistema que hace posible la cooperación justa entre ciudadanos iguales y libres de una comunidad jurídica, las instituciones básicas de tal sociedad tienen que estatuirse conforme al asentimiento racionalmente motivado de todos los ciudadanos. Rawls, se esfuerza por demostrar la congruencia de lo justo y lo bueno."

"Se basa en una teoría débil del bien para demostrar que las instituciones justas darían lugar a una situación en la que sería el interés bien entendido de cada uno el desarrollar su propio plan de vida libremente elegido, sujetándose a aquellas mismas condiciones otorgadas también a todas las demás personas para que éstas puedan desarrollar sus respectivos planes de vida. Es decir, en una sociedad bien ordenada sería también bueno para mí el atenerme a los requerimientos de la justicia."

"La autoestabilización de la sociedad justa descansa, por tanto, no en la coerción jurídica, sino en la fuerza socializadora de una vida bajo instituciones justas; pues tal vida desarrollaría, a la vez que reforzaría, la inclinación de los ciudadanos a la justicia."

"Pero todo esto sólo vale bajo la premisa de que ya existen instituciones justas. Cuestión distinta es la de cómo en nuestra circunstancia concreta pueden establecerse esas instituciones."



*algo más dura, que representan las instituciones y los sistemas de acción..*<sup>471</sup>

Habermas construye la crítica, en el sentido de que lo más problemático es que la multiplicidad de formas de vida se hace descansar sobre las instituciones; no obstante esta aseveración, consideramos que incluso el hecho de hacer converger las formas vida constituye un conflicto, porque la interpretación del mundo de la vida es tan divergente, de acuerdo a los intereses que siguen la lógica del poder y de la dominación.

### *C. Crítica de Habermas a la concepción de justicia de Dworkin*

Habermas no está de acuerdo con Dworkin, en la forma en la que este último concibe la justicia. Al respecto manifiesta, lo siguiente:

*La solución del problema de cómo la praxis de las decisiones judiciales pueden satisfacer el principio de seguridad jurídica y simultáneamente a la pretensión de legitimidad del derecho, Dworkin la espera de una exigente teoría que, especialmente en los casos difíciles, permitiese fundamentar las decisiones particulares a partir del contexto coherente del derecho vigente racionalmente reconstruido. La coherencia es una medida de la validez de un enunciado, que es más débil que la verdad analítica asegurada mediante deducción lógica, pero más fuerte que el criterio de ausencia de contradicción, la coherencia entre enunciados se establece mediante argumentos sustanciales (en el sentido de Toulmin), es decir, mediante razones que ofrecen la propiedad pragmática de producir entre los participantes en la argumentación un acuerdo racionalmente motivado.*<sup>472</sup>

<sup>471</sup> *Ibidem.*, pp. 127-129.

<sup>472</sup> Toulmin, St., *The Uses of Argument*, Cambridge, 1964; St. Toulmin, R. Rieke, A. Janik, *An Introduction to Reasoning*, New York, 1979, citado por Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998, p. 281.

Toulmin en crítica de la Teoría de los Derechos en Serio asevera que, para alcanzar la coherencia de los enunciados es necesario que se parta de argumentos sustanciales, y de acuerdo con Habermas, estos argumentos deben de tener como presupuesto razones que lleven a un acuerdo racionalmente motivado.

*<<Lo que falta es diálogo. Hércules... es un solitario. Es demasiado heroico. Sus construcciones narrativas son monológicas. No conversa con nadie, sino es a través de libros. No se entrevista con otros. No se tropieza con la otroriedad. Nada le conmociona. Ningún interlocutor viola la inevitable insularidad de su experiencia y perspectiva. Hércules no es más que un hombre después de todo. Y ningún hombre, ni ninguna mujer podrían ser así. Dworkin ha construido una apoteosis del juez juzgado, pero sin prestar atención a lo que parece ser la característica institucional más universal y llamativa de la clase judicial, su pluralidad.<sup>473</sup>*

Habermas sostiene que Dworkin exige la construcción de una Teoría del Derecho, no una Teoría de la Justicia. La tarea no consiste en la construcción filosófica de un orden social fundado a partir de principios de justicia, sino en buscar y hallar "*principios*" y objetivos válidos desde los que un orden jurídico concreto pueda quedar justificado en sus elementos esenciales, de suerte que todas las decisiones judiciales particulares puedan acoplársele y, ajustársele, como ingredientes coherentes.<sup>474</sup>

A la altura de esta tarea ideal y, Dworkin lo sabe, sólo estaría un juez cuyas facultades intelectuales pudiesen medirse con las fuerzas físicas de Hércules. El <<juez Hércules>> dispone de dos ingredientes de un saber ideal: conoce todos los "*principios*" válidos y todos los fines y objetivos que son menester para la

---

<sup>473</sup> Michelman, F. <<Justification and the Justifiability of Law in a Contradictory World>>: nomos, t. XVIII (1986), p. 76; cf. K. Günter, Hero-Politics in Modern Legal Times, Institute for Legal Studies, Madison Law School, Series 4, Madison, Wi., 1990, citado por Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998, p. 295.

<sup>474</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 193, paráfrasis, p. 282.

justificación; al mismo tiempo tiene una perfecta visión de conjunto de la densa red de elementos enlazados por hilos de la argumentación, de que consta el Derecho Vigente con el que se encuentra la posibilidad de introducir variaciones en las jerarquías de "*principios*" y objetivos, y, por otro, por la necesidad de enfocar críticamente la masa del Derecho Positivo y corregir <<errores>>. <sup>475</sup>

Habermas rechaza la Teoría de Dworkin, en cuanto éste pretende construir una Teoría del Derecho que parta de "*principios de justicia*"; sin embargo, contrario a esta postura Habermas cree que se deben de buscar principios y objetivos desde un orden jurídico concreto a partir del cual las decisiones judiciales puedan adaptarse a ellos y, no desde una construcción filosófica, como lo hace Dworkin.

Sólo se dejaría de justificar íntegramente un sistema jurídico justo, reconstructivamente, una y sólo una decisión correcta y qué derechos asisten a cada una de las partes. Dworkin señala que sólo un Derecho Positivo justificado a partir de "*principios*" permite decisiones correctas y, por cierto, una sola para cada caso. <sup>476</sup>

*...Los jueces seleccionan principios y objetivos y construyen a partir de ellos sus propias teorías personales con las que poder racionalizar sus decisiones, <<racionalizarlas>>, es decir, tratar de ocultar los prejuicios con los que compensan la indeterminación objetiva del derecho.* <sup>477</sup>

Dworkin señala que la indeterminación interna del Derecho no es resultado de la estructura del Derecho mismo, sino, por un lado, del fracaso de los jueces a

<sup>475</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>476</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 282-284.

<sup>477</sup> Altman, A., <<Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin>>: Philosophy and Public Affairs (1986), pp. 202-235, citado por Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998, p. 284.

la hora de desarrollar la mejor teoría posible y, por otro, de la historia institucional de un orden jurídico que en mayor o menor grado se sustrae a una reconstrucción racional.<sup>478</sup>

Contrario a lo sostenido por Dworkin, la indeterminación del Derecho sí obedece a la forma en que está estructurado, por su recursividad; es por ello, que el juez al momento de resolver, dentro de esta lógica: conforme a Derecho/no conforme a Derecho, no le queda otra opción que contribuir a la recursividad del sistema, porque si los juzgadores pretendieran desarrollar la mejor teoría posible, como Dworkin lo postula, el sistema los colocaría en la ilegalidad, entonces los "principios" no le reconstruyen en gran medida una racionalidad al Derecho, en todo caso, permiten la impresión de elementos volitivos personalísimos del juzgador, que en todo caso, más que contribuir a una reconstrucción racional del Derecho, dejan la racionalidad de las decisiones judiciales a la textura abierta inherente a la disciplina moral de los operadores jurídicos.

*La obligación del juez de decidir el caso particular a la luz de la teoría que justifique al Derecho en conjunto a partir de principios, es reflejo de la obligación previa, testificada por el acto fundacional que representa el darse a una Constitución, que los ciudadanos tienen de proteger la integridad de su convivencia orientándose por principios de justicia y respetándose mutuamente como miembros de una asociación de iguales y libres...*

*..Sólo cuando resulta que una norma válida es también la única norma adecuada en el caso pendiente de decisión, funda esa norma un juicio singular que puede pretender ser correcto... La validez de las normas no garantiza todavía que sea justo en el caso particular.<sup>479</sup>*

<sup>478</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 193, paráfrasis, p. 285.

<sup>479</sup> *Ibidem.*, pp. 286-287.

*La aplicación imparcial de una norma llena los huecos que hubieron de quedar en su proceso de fundamentación imparcial, normalmente a causa de la imprevisibilidad (sic) de situaciones futuras...<sup>480</sup>*

En la creación de normas jurídicas se pretenden justificar los principios de soberanía popular y democracia, se cree que las normas son racionales y se acepta su validez a partir de ello; sin embargo, esta pretensión de validez no será confirmada, sino hasta que se aplique al caso concreto, porque será en ese momento en que se haga evidente la tensión entre facticidad y validez. Ya que la coherencia de la norma será evidenciada hasta que se enfrente a un análisis para aplicarla o no a un caso concreto y, se verifique, si la misma resuelve la problemática o es insuficiente e, incluso indiferente a ella.

Introduciendo el supuesto de derechos concebidos en términos deontológicos, explicar cómo la práctica de las decisiones judiciales puede satisfacer simultáneamente a las exigencias de certeza jurídica y de aceptación racional. Pero tal referencia hermenéutica a una precomprensión determinada por "*principios*" no tiene por qué dejar al juez a merced de la <<historia efectual>> de tradiciones de contenido sistemático, dotadas de por sí de autoridad; antes este recurso le obliga a apropiarse críticamente de una historia institucional del Derecho en la que la razón práctica ha ido dejando sus huellas y su poso. Los tribunales deciden acerca de a quién asisten qué derechos <<políticos>> y, por derechos <<políticos>> entiende Dworkin, derechos que gozan de validez positiva a la vez que merecen ser reconocidos desde el punto de vista de su justicia.<sup>481</sup>

<sup>480</sup> Günther, K. <<Universalistische Normbegründung und Normanwendung>>, en M. Herberger <<Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken>>, ARPS, Beiheft 45 (1991). P. 168, citado por Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998, p. 288.

<sup>481</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 193, paráfrasis, pp. 272-273.

El punto de vista moral que se articula en una <<norma fundamental>> que exige se tenga a todos la misma consideración y respeto. Esa norma fundamental de Dworkin coincide con el <<principio del Derecho>> de Rawls, conforme al que a todos y cada uno asiste el derecho a iguales libertades subjetivas de acción. Dworkin entiende los derechos subjetivos como <<triumfos>> en una especie de juego en el que los individuos defienden sus justificadas pretensiones frente al riesgo de verlas sobrepujadas por fines colectivos.<sup>482</sup>

La Teoría de los Derechos de Dworkin descansa en la premisa de que en la administración de justicia desempeñan un papel los puntos de vista morales, porque el Derecho Positivo ha asimilado inevitablemente contenidos morales. Dworkin pone en duda la suposición de una legitimación del Derecho, mediante la mera legalidad del procedimiento de la producción del mismo.<sup>483</sup>

En igual sentido analiza, cómo los jueces hacen frente a situaciones jurídicas no bien definidas recurriendo sistemáticamente al trasfondo que representan objetivos políticos y principios morales, según esta postura, elaborando jurídicamente esos argumentos concernientes a objetivos políticos y principios morales llegan a decisiones bien fundadas. Tales justificaciones externas son posibles porque el Derecho vigente mismo incorpora ya contenidos teleológicos y principios morales, y sobre todo asimiló las razones que llevaron al legislador político a decidir.<sup>484</sup>

*La administración de justicia está coartada a la medida de aplicación de normas jurídicas estabilizadoras de expectativas; y tiene en cuenta los objetivos del legislador a la luz de principios, pues los <<argumentos concernientes a principios justifican una*

---

<sup>482</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>483</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 274 y 277.

<sup>484</sup> *Idem.*, paráfrasis.

*decisión política mostrando que la decisión toma en consideración o asegura determinado derecho de un individuo o de un grupo>>.<sup>485</sup>*

Sin poder estar de acuerdo con Dworkin, se puede decir, que los jueces ante casos difíciles, bajo la justificación de tomar decisiones fundadas en "principios", están en posibilidad de justificar todo tipo de argumentos, porque utilizarían los "principios" como un argumento finalista contra el que no se puede apelar otro en contrario, tratando de inmunizar con ellos sus determinaciones para que no sean atacadas.

*...La seguridad jurídica, que descansa en el reconocimiento de expectativas de comportamiento unívocamente condicionadas, representa, por tanto, ella misma un principio que en cada caso ha de sopesarse contra otros principios. La postulada teoría del derecho a cambio de ello decisiones correctas (sic) (para cada caso la <<única solución correcta>>) que garantizan la seguridad jurídica en un plano distinto. Los derechos procedimentales garantizan a toda persona jurídica la pretensión a un procedimiento fair, el cual no garantiza seguridad de resultado, pero sí la clarificación discursiva de todas las cuestiones de hecho y de derecho que resulten pertinentes. Así, los afectados pueden contar con que en el procedimiento no resultan decisorias para el fallo el juez cualesquiera razones, sino sólo razones relevantes. Si consideramos el derecho vigente como un sistema normativo idealmente coherente, esta seguridad jurídica dependiente del procedimiento puede satisfacer la expectativa de una comunidad*

<sup>485</sup> Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, p. 148, citado por Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998, p. 278.

"Las reglas son normas concretas, determinadas ya pensando en su aplicación específica, mientras que los principios representan directivas jurídicas (sic) de tipo general, que siempre necesitan de interpretación. Los principios, lo mismo que las reglas, como mandatos de optimización, pues con ellos se desvanecería el sentido deontológico de su validez. Pues las reglas ofrecen siempre un componente condicional que especifica las condiciones de aplicación, las cuales condiciones representan rasgos típicos de situaciones, mientras que los principios, o bien se presentan con una pretensión de validez inespecífica o, en lo que respecta a su ámbito de aplicación, sólo vienen restringidos por condiciones muy generales, y en todo caso necesitadas de interpretación." "Dworkin asevera que un conflicto de reglas sólo puede resolverse, o bien introduciendo una cláusula de excepción, o bien declarando no válida una de las reglas en conflicto. Tal decisión todo-o-nada no es necesaria en el caso de un conflicto entre principios. Ciertamente, goza de primacía el principio que en cada caso venga más a cuento, pero no por ello pierden su validez los principios desplazados por él. Según sea el caso sobre el que versa la decisión, un principio tendrá precedencia sobre otros principios. Entre principios se establece de caso a caso un orden transitivo distinto, sin que por ello se vea afectada su validez."



*jurídica preocupada por su integridad, orientada por principios, de suerte que a cada uno le queden garantizados los derechos que le asisten.*<sup>486</sup>

Más que una aplicación de "*principios*" al razonamiento judicial, el análisis de los derechos procedimentales que garanticen la clarificación en términos de Teoría del Discurso en el proceso de toma de decisión; esto es, lo que daría certeza jurídica a las partes. Porque todas las informaciones introducidas en el proceso de la comunicación fueron seleccionadas por su relevancia, esto como lo asevera Habermas, no garantiza la seguridad del resultado, pero sí la del proceso comunicativo inmerso en la decisión, que le permita a las partes tener la certeza jurídica de que las decisiones adoptadas en las sentencias son verdaderas razones producto de un consenso racionalmente motivado.

*...Los paradigmas se consolidan formando ideologías en la medida en que se cierran sistemáticamente contra todas las nuevas interpretaciones de la situación, y contra otras posibles interpretaciones pertinentes de los derechos y principios, efectuadas a la luz de nuevas experiencias históricas. Ejemplos de ello habrán de ocuparnos todavía. Paradigmas <<cerrados>>, que a través de monopolios profesionales o jurisprudenciales institucionalizados de interpretación se estabilizan ellos mismos y sólo pueden ya revisarse internamente, es decir, recurriendo a sus propios criterios, se exponen además a una objeción metodológica mediante la que vuelve a hacerse valer el escepticismo del realismo jurídico: al contrario de lo que supone la exigencia de coherencia ideal del derecho vigente, la interpretación coherente de un caso dentro de un paradigma jurídico fijo permanece esencialmente infradeterminada; pues tal determinación ha de competir con otras interpretaciones asimismo coherentes del mismo caso en paradigmas jurídicos alternativos. Ya por esa razón habrá de ser una comprensión procedimentalista del derecho la que señale el nivel o el plano en que los paradigmas jurídicos, convertidos en reflexivos, se abran los unos a los otros y puedan acreditarse en la diversidad, movilizadas en cada caso, que representan las distintas interpretaciones posibles de la situación.*<sup>487</sup>

<sup>486</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 193, p. 291.

<sup>487</sup> *Ibidem.*, pp. 292-293.



En la cita anterior Habermas afirma, que los paradigmas se cierran sistemáticamente contra todas las nuevas interpretaciones de la situación y contra otras posibles interpretaciones, los cuales en el caso de los paradigmas cerrados, que se valen de los monopolios jurisprudenciales institucionalizados de interpretación, se estabilizan al interior y, su revisión sólo se puede efectuar en introspectiva, en base a sus propias lógicas y parámetros de acción, exponiendo una objeción metodológica.

En lo apuntado anteriormente por el autor en cita, se evidencia una cierta concordancia de ideas, con lo postulado con Luhmann, toda vez que lo que asevera se asemeja a la forma en que funcionan los sistemas cerrados y autopoieticos, que en uso de su propia lógica se clausuran operativamente y la revisión de sus inconsistencias sólo se puede realizar y *reparar* desde el sistema mismo y con sus propios criterios.

Es precisamente en el abandono de esta forma en la que funciona el "*sistema derecho*", que el juez debe construir la racionalidad de su decisión; si bien es cierto, no se puede abstraer del todo de la lógica de cómo funciona el sistema, también lo es, que debe reconstruir la ciencia jurídica en la inclusión de otro tipo de interpretaciones posibles que le permitan aminorar la tensión entre facticidad y validez.

**D.** *Las "normas morales" y las "normas jurídicas": ¿Se complementan o hay una imposición de realidades?*

Habermas asevera que la Moral Autónoma y el Derecho Positivo, remitiendo estructuralmente este último a la necesidad de justificarse, guardan más bien entre sí una relación en la que se complementan. Las cuestiones

jurídicas y las cuestiones morales se refieren, ciertamente, a los mismos problemas: el de cómo ordenar legítimamente las relaciones interpersonales y cómo coordinar entre sí las acciones a través de normas justificadas, el de cómo solucionar consensualmente los conflictos de acción sobre el trasfondo de <<principios normativos>> y reglas intersubjetivamente reconocidos. Pero se refieren a los mismos problemas de forma distinta en ambos casos.<sup>488</sup>

En el análisis de la Moral y del Derecho, hay un elemento común, ambos pretender organizar la vida en sociedad, la diferencia sustancial se ubica en los parámetros de observación de realidades de los que parten y, de la coercitividad de que la ciencia jurídica goza.

Si con la "acción comunicativa" se está en condiciones de lograr la formación y aplicación del Derecho, el cual, observe la totalidad de las realidades que los sujetos comparten en la comunicación, atendiendo a las diversas perspectivas de un mundo intersubjetivamente compartido; ello no equivale a decir que se integre un principio moral en dicho ejercicio, sino en todo caso, implica la disposición de los sujetos para realizar decisiones de consenso, partiendo de la realidad del mundo de la vida que efectivamente comparten y, que decididamente, deben modificar en condiciones de equilibrio para todos, aminorando la lógica de exclusión de ciertos grupos y semánticas.

La Moral y el Derecho se distinguen *prima facie*<sup>489</sup> en que la Moral Postradicional no representa más que una forma de saber cultural, mientras que el Derecho es a la vez obligatorio en el plano institucional. Las pugnas y conflictos de intereses hacen menester que se busque un punto de equilibrio entre las diversas actitudes de valor y constelaciones de intereses, que compiten entre sí. En este caso es la totalidad de los grupos sociales o subculturales directamente implicados

<sup>488</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 171-173.

<sup>489</sup> Primeramente, primera cara.

el sistema de referencia para la negociación de compromisos. Éstos, si se obtienen en condiciones de negociación que puedan considerarse equitativas, tienen en principio que poder ser aceptados por todas las partes, aun cuando las razones de esa aceptación puedan ser distintas para cada uno.<sup>490</sup>

La racionalidad comunicativa parte de un presupuesto básico, que dispone realizar la negociación de compromisos, en la que se adopte una "*actitud realizativa*", en la cual no sólo se persiga el éxito personal de los interlocutores; en cambio que se reconozca al otro en sus presupuestos con pretensiones de verdad. Una negociación con tales características podría ser aceptada racionalmente por todos, porque su proceso de creación obedeció al reconocimiento intersubjetivo de la totalidad de los interactuantes en la comunicación.

En el ámbito judicial la adopción de la forma de consenso alcanzado en la negociación de compromisos coadyuvaría a la labor jurisdiccional, siendo aplicable al litigio, porque en éste el juzgador no atiende a la conciliación de las partes y, desde este punto del procedimiento judicial se podría llegar a un asentimiento entre ellos, sin tener que cursar un procedimiento -con asumidas pretensiones de validez orientadas al éxito-. Esto también es trasladable a las discusiones en tribunales donde las decisiones se toman de manera colegiada.

#### a. El principio democrático de Habermas

La finalidad del principio democrático es fijar un procedimiento de producción legítima de normas jurídicas. Sólo pueden pretender validez legítima aquellas disposiciones que en un proceso de discurso de producción, articulado a su vez jurídicamente, puedan encontrar el asentimiento de todos los miembros de

---

<sup>490</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 193, paráfrasis, pp. 171-173.

la comunidad jurídica. Con otras palabras, el principio democrático explica el "sentido realizativo" de la práctica de la autodeterminación de los miembros de una comunidad jurídica, que se reconoce unos a otros como miembros libres e iguales de una asociación en la que han entrado voluntariamente.<sup>491</sup>

Mientras que el principio moral desempeña el papel de una regla de argumentación para la decisión racional de cuestiones morales, bajo el presupuesto de que es posible una formación racional de la opinión y la voluntad políticas; el principio democrático, sólo indica como institucionalizar la voluntad política; mientras que el principio moral opera en el plano de la estructura interna de un determinado juego de argumentación, el principio democrático se refiere al plano de la institucionalización externa, es decir, efectiva y operante en lo que se refiere a la acción, de la participación (dotada de los mismos derechos) en una formación en términos de discurso de la opinión y la voluntad política que se efectúe en formas de comunicación garantizadas a su vez jurídicamente.<sup>492</sup>

El procedimiento democrático no sólo tiene que fijar una forma de producción legítima de normas jurídicas, sino que tiene que regular y, controlar también, al propio medio que es el Derecho. Éste se abstrae, finalmente, del tipo de motivación y se contenta con que la acción se conforme a la regla, cualesquiera que sean los motivos de esa conformidad.<sup>493</sup>

*...Una moral que se ve remitida a, y no tiene más remedio que depender de, el substrato favorable que representan estructuras de la personalidad adecuadas, permanecería bien restringida en su eficacia, si no pudiese alcanzar los motivos del agente aún por otra vía distinta que la de la internalización, justo por vía de la institucionalización que complementa la moral racional de forma eficaz para la acción. El derecho es ambas cosas a la vez: un*

<sup>491</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 175.

<sup>492</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 175-176.

<sup>493</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 176-177.

*sistema de saber y un sistema de acción; cabe entenderlo como un texto de proposiciones e interpretaciones normativas, y también como institución, es decir, como un complejo de elementos regulativos de la acción. Como en el derecho en tanto que sistema de acción se entrelazan entre sí motivos y orientaciones valorativas, los preceptos jurídicos cobran una eficacia inmediata para la acción, que falta a los juicios morales. Pero, por otro lado, las instituciones jurídicas se distinguen de los órdenes institucionales cuasinaturales por su racionalidad comparativamente alta, pues en ellos cobra forma estable y fija un sistema de saber dogmáticamente elaborado y configurado, y vinculado con una moral regida por principios. Y porque el derecho queda de esta forma establecido en el nivel que representa la cultura y simultáneamente en el nivel que representa la sociedad, puede compensar las debilidades de una moral racional que primariamente sólo está presente como saber.<sup>494</sup>*

Los presupuestos de los que la Moral parte, provienen de procesos que están interiorizados en los sujetos, esto es precisamente, lo que les da su indefinición, el contexto abierto al que pertenecen no permite que el juzgador realice un análisis del caso concreto abstraído de la impresión de sus propias valoraciones.

Sin embargo, el Derecho es una disciplina que al igual que la Moral pretende dar juicios de valor, acerca del modo en que deben convivir las personas. Pero a diferencia de la disciplina axiológica, el Derecho en su conformación no sólo atiende al juicio de valor interno, sino que tiene que observar toda la gama de condiciones de posibilidad para la acción que están en el mundo de lo concreto, para construir lingüísticamente los preceptos que pretendan tener validez, como formas de vida racionalmente motivadas desde el Derecho.

*La moral racional no puede proporcionar otra cosa que un procedimiento para el enjuiciamiento parcial de cuestiones de disputa. No puede señalar un catálogo de deberes, y ni si quiera una serie de normas jerárquicamente ordenadas, sino que exige a los sujetos que se formen su propio juicio.*

<sup>494</sup> *Ibidem.*, pp. 179-180.

*...Pero la moral, que suministra los puntos de vista para proceder a un enjuiciamiento <<desencantador>> de las instituciones existentes, no ofrece por su parte ningún asidero operativo para su reconstrucción.<sup>495</sup>*

Habermas sostiene, que considerada la Moral desde punto de vista jurídico, en la que esta moral racional sólo cobrase eficacia a través de procesos de socialización, la conciencia de los individuos permanecería restringida a un estrecho radio de acción. En cambio, a través de un sistema jurídico con el que está internamente vinculada, la Moral puede irradiar sobre todos los ámbitos de acción, incluso sobre esos ámbitos sistemáticamente autonomizados de interacciones regidas por medios de regulación o control sistémico, que descargan a los actores de todas las exigencias morales a excepción de la única de una obediencia generalizada al Derecho.<sup>496</sup>

No obstante las anteriores aseveraciones de Habermas, tenemos que decir que aun cuando sostenga la concepción de una "Moral Racional" donde se traslade la "acción comunicativa" a los procesos de formación del Derecho, sobre la base negociaciones de consensos racionalmente motivados y de posibilidad para la acción, que puedan generar la obediencia legítima al Derecho, debido a su proceso de formación, incluso trasladando estas circunstancias a los sistemas autopoieticos. Sin embargo, contrario a lo sostenido por el autor, estimo que no está tomando en consideración la forma en que se gestan las relaciones de poder y de dominación, que permean la conformación y aplicación de Derecho.

Por ello, sostengo, que es en una visión en conjunto, la que permita la integración de todas aquellas realidades que inciden directamente en el

---

<sup>495</sup> *Ibidem.*, pp. 180 y 183.

<sup>496</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 184-186.

funcionamiento del Derecho, lo que hará que se gesten una transformación positiva y constructiva del mundo jurídico.

#### 4. Los presupuestos de la "libertad comunicativa" para la decisión judicial

A efecto de alcanzar la libertad comunicativa, es trascendente que se observen ciertos elementos, dentro de los cuales, Habermas observa:

*...La libertad comunicativa sólo se da entre actores que en actitud realizativa quieren entenderse entre sí sobre algo y esperan unos de otros tomas de posturas (posicionamientos) frente a las pretensiones de validez que se entablan unos a otros... Pues uno sólo recibe la posibilidad de posicionarse con un sí o con un no ante una pretensión de validez susceptible de crítica si el otro está dispuesto a justificar, en caso necesario, la pretensión entablada con sus actos de habla...<sup>497</sup>*

En el razonamiento judicial, la aplicación de la Teoría de la Acción Comunicativa resultaría de utilidad para darle una justificación racional a las sentencias de amparo, pero para que se pueda lograr tal cometido, es necesario que los participantes en la comunicación, en este caso, las partes en conflicto o los magistrados de tribunales donde las decisiones se toman de manera colegiada, asuman un "actitud realizativa".

En el entendido de que, si bien, persiguen un interés particular para hacer valer sus posturas y determinaciones, estén abiertos al diálogo racionalmente motivado, estando dispuestos a analizar las posturas de todos los participantes en la comunicación y, razonen los puntos en los que están de acuerdo, pero a su vez los contrarios, estudiando todos los posibles elementos que construyan y destruyan ambas tomas de postura.

---

<sup>497</sup> *Ibidem.*, p. 185.

Una vez que están dispuestos al anterior análisis, en el diálogo propio de este tipo de comunicación detectarán los componentes en los que están de acuerdo y, por lo tanto, no serían problemáticos, pero al mismo tiempo, este tipo de discusión revelará todo aquello en lo que disienten. Entonces, observarán si las *diferencias de opiniones* versan sobre los *mismos aspectos*, en cuyo caso tendrán que construir conjuntamente, en la integración de las posturas de todos ellos, una solución que sea tan discutida, hasta llegar al punto de un acuerdo.

En cambio, si detectan los aspectos problemáticos en los que están de acuerdo (en dicha detección), se encuentran integrados por puntos de vista que arrojan diversas propuestas de solución, en conjunción de todas ellas estarán en posibilidad de integrar una decisión en la que analicen lo viable de todas las proposiciones, seleccionando consensuadamente las que solucionen el conflicto.

Pero en todo este ejercicio de comunicación, puede acontecer que no logren ponerse de acuerdo, en cuyo caso detectarán los puntos controvertidos y tendrán que trabajar en una propuesta de solución en ello. Sin embargo, pudiere objetarse que este tipo de negociación no es plausible, porque todos los juzgadores interpretan de manera diferente y, por tanto, integran y resuelven los problemas de modos diversos, pero esto más que implicar un problema para la "*acción comunicativa*", contribuye en la medida en que, si los participantes en la comunicación han adoptando una "*actitud realizativa*", están en posibilidad de retroalimentar la discusión desde perspectivas diferentes que amplíen el campo de detección del problema y su solución.

En este tipo de diálogo, los hablantes deben de tomar en cuenta que todas sus pretensiones de validez son susceptibles de crítica -como lo postula la "*acción comunicativa*"- y, si se posicionan con un sí o con no, ante los actos de habla de los demás, tendrán que *justificar* dicha toma de postura con *razones* y no con



actos ilocucionarios que sólo revelen la pretensión de éxito de su actitud, así, todas las cuestiones discutidas serán trascendentes y verdaderas razones y, no sólo actos de habla sin sentido, irracionales y pretensiosos.

En este sentido, configurada la discusión del modo anteriormente señalado, el resultado será una sentencia racionalmente motivada, porque desde los participantes en la comunicación, los actos de habla, hasta las tomas de postura, se constituyeron en razones fundamentadas y no en pretensiones de validez en asunción de una *"actitud objetivante"*.

En cambio, si los participantes en la comunicación adoptan una *"actitud objetivante"*, esto evidenciará que el interlocutor sólo busca sus fines ilocucionarios, para hacer prevalecer sus asuntos, pretendiendo que sean los únicos válidos en la información, sin que busque un consenso, sino sólo imponer posturas y ganar discusiones; con tal asunción de actitudes, no se logra una decisión que refleje en la sentencia un acuerdo racionalmente motivado.

*... La coordinación de los planes de acción de un acuerdo basado en la mutua toma de postura ante, y en el reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez, sólo puede contar con razones que puedan ser aceptadas en común por las partes implicadas. Son siempre unas mismas razones, es decir, unas razones compartidas como razones, las que tienen para quienes actúan comunicativamente una fuerza racionalmente motivadora.*

*La libertad de cada uno ha de poder ser compatible con la igual libertad de todos conforme a una ley general.*<sup>498</sup>

<sup>498</sup> *Ibidem.*, pp. 185-187.

"...Sólo la producción políticamente autónoma del Derecho permite también que los destinatarios del Derecho de una comprensión correcta del orden jurídico en conjunto. Pues el Derecho Legítimo sólo es compatible con un modo de coerción jurídica que no destruya los motivos racionales de obediencia al Derecho. Es decir, el Derecho Coercitivo no puede forzar a sus destinatarios a renunciar de cuando en cuando al ejercicio de su libertad comunicativa y a dejar de tomar postura frente a la pretensión de legitimidad del Derecho, es decir, no puede forzarlos a abandonar en el caso particular su "actitud realizativa" (sic) frente al Derecho y a sustituirla por la "actitud objetivante" (sic) de un actor que decide atendido a sus preferencias y calculando utilidades... las normas jurídicas siempre han de poder ser seguidas por convicción...."

Si las partes en un litigio, así como los magistrados, consiguen ponerse de acuerdo sobre la decisión de un caso, lograrán la coordinación de sus planes de acción, porque se genera un reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez y, llegarán a establecer verdaderos razonamientos, sobre los cuales podrán partir para la construcción de diversas premisas, que por la naturaleza de la complejidad propia de cada asunto en conflicto, que necesariamente tienen que resolver, servirá como precedente en sus decisiones colegiadas. Esto podría ser un elemento que coadyuve a la labor judicial y, contribuya a dar consistencia y racionalidad a las decisiones jurisdiccionales.

#### A. El "principio de discurso"

Una vez que los participantes en la comunicación han logrado avanzar en un consenso racionalmente motivado, es factible concebir el principio de discurso aludido por Habermas, el cual ha de empezar adoptando, por vía de la institucionalización jurídica, la forma de un *principio democrático*, que entonces proporcione a su vez al proceso de producción del Derecho fuerza generadora de legitimidad. En este tenor, el principio democrático es un núcleo de sistemas de derechos, el código que es el Derecho y el mecanismo para la generación de Derecho Legítimo, es decir, el principio democrático, se constituyen cooriginalmente.<sup>499</sup>

El principio de discurso y el medio que es el Derecho, se ensamblan, entrecruzan y entrelazan el uno con el otro, convirtiéndose en, y desarrollando un, sistema de derechos, que ponga la autonomía privada y a la autonomía pública en una relación de presuposición recíproca.<sup>500</sup>

---

<sup>499</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 187-194.

<sup>500</sup> *Idem.*, paráfrasis.

*El sistema de los derechos, al asegurar la autonomía privada y la autonomía pública equi-valentemente, es decir, dándoles igual valor, operacionaliza esa tensión entre facticidad y validez, que había empezado mostrándose como la tensión entre la positividad y la legitimidad del derecho... compenetración de forma jurídica y principio de discurso... moviliza y une en la praxis de la autolegislación las libertades comunicativas de ciudadanos presuntivamente orientados al bien común.*

*La legitimación de la producción del derecho se observa en los procedimientos jurídicamente institucionalizados de formación de opinión y voluntad comunes... la juridificación de la libertad comunicativa significa también que el derecho ha de abrirse a fuentes de legitimación de las que no puede disponer a voluntad.<sup>501</sup>*

Si en la integración del principio de discurso con el "sistema derecho", se logra que efectivamente se dé la justificación a las decisiones judiciales, entonces se logra abstraer al juez de la lógica sistémica inherente al Derecho, aminorándose la tensión entre las normas jurídicas y su aplicación a los casos concretos, en última instancia se reconstruye el Derecho en beneficio de los individuos de una sociedad.<sup>502</sup>

#### **B. El poder comunicativo como productor de decisiones judiciales legítimas**

Desde la Teoría de la Acción Comunicativa hay un giro radical acerca de cómo debe entenderse la toma de decisiones, así como la manera *ideal* de llevar a cabo los procesos de discusión, en los que se pueda llegar a decisiones de consenso. En el capítulo primero del presente estudio, abordamos el análisis del Estado de Derecho y su evolución, encontrando en sus tres formas -Estado de Derecho, Estado Constitucional de Derecho y Neoconstitucionalismo- elementos comunes, tales como supremacía constitucional, división de poderes, garantías individuales, y sobre estas semánticas, decíamos, el Poder Judicial Federal

<sup>501</sup> *Ibidem.*, pp. 195-197.

<sup>502</sup> *Idem.*, paráfrasis.

construye su marco referencial, como defensor de los derechos de los ciudadanos frente a los actos de autoridad.

Ahora bien, es oportuno analizar esta construcción de Estado de Derecho, desde la perspectiva de la "acción comunicativa", en la que cambia la configuración acerca de la fundamentación, la cual es crucial para la actuación de jueces y magistrados federales, toda vez que es la exigencia constitucional, preceptuada en los artículos 14 y 16 constitucionales.<sup>503</sup> Acorde con Habermas, la fundamentación depende de varios aspectos, a saber: correcta interpretación de la situación, descripción adecuada del problema, aflujo de informaciones relevantes y fiables y de la elaboración correcta de las informaciones.

La jurisprudencia mexicana en cuanto al estudio que realiza de la fundamentación, sólo hace referencia a que se expresen los preceptos legales aplicables al caso concreto y, por lo que hace a la motivación, aduce que el juzgador exprese las motivaciones por las cuales emitió su decisión. Sin embargo, vemos que la descripción de la Suprema Corte es escasa, si consideramos todos los factores que el juez debe de tomar en cuenta al momento de emitir la sentencia.

*...La fundamentación depende en primer lugar de una correcta interpretación de la situación y de la descripción adecuada del problema que se busca solucionar, del aflujo de informaciones relevantes y fiables, de la elaboración correcta de esas informaciones, que en caso necesario habrá de venir también teóricamente asistida, etc. En el primer estadio de la formación de la opinión y la voluntad será menester un cierto saber de expertos que, naturalmente, es falible y rara vez valorativamente neutral, es decir, rara vez incontrovertido.... entran en juego puntos de vista que dependen de preferencias. En estas preferencias se expresa una*

<sup>503</sup> Véanse los artículos 14 y 16 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación: 4 de mayo de 2009. Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación, el lunes 5 de febrero de 1917.

*pluralidad de constelaciones de intereses y orientaciones valorativas que en el segundo estadio entran abiertamente en competencia entre sí;... hay que tomar una decisión entre las distintas propuestas acerca de cómo encarar el problema de que se trata. En este segundo estadio, sobre lo que se discute es sobre las orientaciones valorativas mismas que se hayan vuelto problemáticas, lo cual hace necesario un cambio de discurso. Los discursos pragmáticos sólo se extienden a la construcción de programas posibles y a la estimación de las consecuencias de programas posibles y no a la formación racional de la voluntad, voluntad que sólo puede adoptar una de las mencionadas propuestas si ha hecho suyos los fines y valores que en esa propuesta se presuponen hipotéticamente.*

*En el caso ideal, y de él partimos en nuestro modelo, es mediante razones como se decide acerca del nivel en el que ha de proseguirse la controversia, cuestión moralmente relevante... entonces lo indicado son discursos que sometan los intereses y orientaciones valorativas en pugna a un test de universalización en el marco de un sistema de derechos interpretado y desarrollado en términos de derecho constitucional...<sup>504</sup>*

Por lo que hace a la *correcta interpretación de la situación*, ya hemos dicho los problemas inherentes a dicha disciplina, pero de igual forma en el capítulo segundo realizamos un análisis de cada uno de los modelos de la interpretación, en cuyo caso, dependiendo de la acción ejercitada, la integración de la litis, de las pruebas ofrecidas, leyes aplicables, etcétera; el juez debe ponderar todos estos aspectos al momento de interpretar y seleccionar el método adecuado para cada situación. Posiblemente, esto no aminora el efecto problemático que dicha labor implica, pero sí le ayuda a reducir las condiciones de incertidumbre en las que se ve obligado a resolver.

Las consideraciones esgrimidas anteriormente, de igual forma, son plausibles para la *descripción adecuada del problema*; en este aspecto, el juez debe tener en cuenta la reunión de todos los posibles escenarios, los problemáticos y los que no lo serán, porque es en una visión integradora de lo que

<sup>504</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 193, pp. 232-233.

el Derecho excluye, que el operador jurídico puede reconstruir y aminorar las deficiencias de las normas, debe tomar en cuenta todas las visiones, tanto de las partes como de los posibles afectados. No debe sólo aplicar el Derecho en su "*codificación binaria*", si verdaderamente desea justificar racionalmente su decisión.

Las informaciones son cruciales para el juzgador, toda vez que si parte de premisas falsas, lógicamente llegará a conclusiones de la misma naturaleza, el empleo de una adecuada y lógica *técnica* de la argumentación jurídica, le permitirá advertir este tipo de vicisitudes. Debe analizar qué tipo de informaciones son importantes y la forma de valorarlas es trascendental para que resuelva.

La selección de las informaciones de algún modo confirma lo sostenido por Luhmann, de que el Derecho es un sistema autopoietico; que se sirve de la recursividad para su clausura operativa. Sin embargo, el juez consciente de cómo funciona la disciplina en la que trabaja, con una "*actitud realizativa*", debe efectuar la elección de las informaciones atendiendo a todas las realidades, en este caso, las de las partes y, en la argumentación que realice, necesariamente tendrá que expresar por qué seleccionó determinadas informaciones y por qué discriminó la no utilización de otras; de esta forma, justificará racionalmente sus decisiones.

El que una información sea relevante o no, o la calificación de su veracidad, es una cuestión subjetiva y, por ello, arbitraria en el ejercicio jurisdiccional, pero este tipo de puntos de conflicto, cuando el asunto llegue a tribunales donde las decisiones se toman de forma colegiada, será más fácil de integrar, toda vez que los magistrados, en ejercicio de la "*acción comunicativa*" estarán en condiciones de lograr una análisis de consenso, acerca de si la selección de informaciones realizada por el órgano revisado, fue coherente.

Las cuestiones éticamente relevantes son detectables en discursos que penetran a través de los intereses y orientaciones de valor, en los que se generó el desacuerdo, y que, por vía de procesos de autoentendimiento, nos hagan reflexivamente conscientes de concordancias profundas, radicadas en la propia forma de vida común. En estos casos queda la alternativa que representan las negociaciones, opción que, ciertamente, exige la disposición a la cooperación por parte de agentes que actúan orientados a su propio éxito.<sup>505</sup>

Los procesos de negociación están cortados a la medida de situaciones en las que no pueden neutralizarse las relaciones de poder social, neutralización que es supuesto de discursos racionales. Mientras que un acuerdo racionalmente motivado se apoya en razones que convencen del mismo modo a todas las partes, un compromiso puede ser aceptado por las diversas partes por razones en cada caso distintas.<sup>506</sup>

*...Negociar es embarcarse en una comunicación con el propósito de forzar o inducir al oponente a aceptar la pretensión de uno. Para alcanzar este fin, las negociaciones se basan en amenazas y promesas que habrán de ejecutarse fuera de la reunión o asamblea misma. El poder de negociación no deriva del "poder de mejor aseguramiento", sino de recursos materiales, de la potencia física, etc... Así pues, el principio de discurso, que tiene por fin asegurar un consenso sin coerciones, sólo puede hacerse valer en este caso indirectamente, a saber, mediante procedimiento que regulen las negociaciones de suerte que éstas resulten fair... que la negociación de compromisos discorra conforme a procedimientos que aseguren a todos los interesados iguales oportunidades de participar en las negociaciones y durante las negociaciones les otorguen iguales oportunidades de ejercer mutuamente influencia unos sobre otros, y, por tanto, en términos generales, creen también iguales oportunidades para que se hagan valer todos los intereses afectados, en la medida, digo, en que se den estas condiciones, habrá base para presumir que los acuerdos y arreglos a que se llegan son fair.<sup>507</sup>*

---

<sup>505</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 234-235.

<sup>506</sup> *Idem.*, paráfrasis.

<sup>507</sup> *Idem.*

Los elementos identificables en las negociaciones, por los que se llega al consenso de los participantes en la comunicación, pueden ser aplicables al proceso de toma de decisiones, dentro del ámbito judicial, porque se identifica al principio de discurso como mecanismo que asegurará un consenso que no implica coerción.

Esto es fundamental, ya que si de suyo el Derecho se impone, lograr que las decisiones jurisdiccionales provengan de acuerdos racionalmente motivados, en los que las partes pudieran llegar a un consenso, o en los que los tribunales emitan sentencias con peculiaridades de racionalidad comunicativa, esto aminora los efectos adversos de normas jurídicas que no siempre recogen las realidades del mundo de lo concreto.

*En tales procedimientos, el tener en cuenta por igual los intereses de cada participante queda definido como el problema de llegar de conformidad con esos procedimientos a un concierto o arreglo entre quienes tienen el poder y no como un problema de entendimiento entre los participantes en un discurso, que hacen uso de su libertad comunicativa para posicionarse frente a pretensiones de validez susceptibles de crítica, con el fin de convencerse mutuamente de las rectitud y fuerza de sus argumentos... las negociaciones sólo pueden ser admisibles o necesarias cuando están en juego intereses particulares, es decir, intereses que por principio no sean susceptibles de universalización, lo que a su vez ha de comprobarse en discursos morales.<sup>508</sup>*

Habermas sostiene, que en las negociaciones se debe asegurar a todos los interesados iguales oportunidades de participación, en las que tengan un efectivo derecho de influenciamiento mutuo sobre los participantes, haciendo valer todos

---

<sup>508</sup> Habermas, Jürgen, *Problemas de legitimación en el Capitalismo Tardío*, Buenos Aires, 1975, p. 135, citado por Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998, pp. 234-235.



los intereses afectados y, teniendo en cuenta por igual, los intereses de cada participante.

Si bien es cierto, que en las negociaciones, los sujetos tienen intereses que defender y en el caso de los tribunales no existe un interés personal que deba ser protegido, también lo es, que la lógica procedimental de las negociaciones es aplicable a los debates jurisdiccionales, porque el interés a salvaguardar por los operadores jurídicos es la tutela de los derechos de las partes en contienda.

En el sentido apuntado es válido sostener, que se debe dar a las partes la oportunidad de intervención en una discusión en la que con razones tengan la disposición y voluntad de llegar a un acuerdo y, para el caso de los tribunales, que estén dispuestos a abandonar sus pretensiones de éxito, adopten una "*actitud realizativa*", para llegar a razones motivadas consensualmente -por lo menos, en las cuestiones en las que no están de acuerdo-.

Permitiendo que las razones (pretensiones de validez) de los otros sujetos de la comunicación, generen en ellos una influencia que los lleve a la reflexión de dicha postura y los obligue a discernir con razones fundamentadas, explicando por qué sí están de acuerdo y en qué aspectos o, en su caso, estando el riesgo de disenso siempre presente en la comunicación, expresen con razones justificadas y fundamentadas, los puntos de conflicto por los que no es dable asentir en el sentido propuesto.

##### *5. La racionalidad de la administración de justicia en Habermas*

El análisis de la administración de justicia desde la perspectiva de Habermas, da un giro a lo que se estudió en Luhmann, al respecto se hace necesario citar al autor primeramente enunciado:

*Como todas las comunicaciones jurídicas remiten a pretensiones susceptibles de accionarse judicialmente, el proceso judicial constituye el punto de fuga para el análisis de sistema jurídico...*

*La tensión inmanente al derecho entre facticidad y validez se manifiesta dentro de la administración de justicia como tensión entre el principio de seguridad jurídica y la pretensión de estar dictando decisiones correctas.*

*...El derecho vigente garantiza, por un lado, la imposición de expectativas de comportamiento estatalmente sancionadas y, por tanto, la seguridad jurídica; por otro lado, los procedimientos racionales de producción y aplicación de derechos prometen la legitimidad de las expectativas de comportamiento estabilizadas de esta forma: las normas merecen obediencia y en todo momento deben de poder ser seguidas también por <<respeto a la ley>>. En el plano de la práctica de las decisiones judiciales, ambas garantías han de poder desempeñarse de modo simultáneo...*

*...Los fallos emitidos, para cumplir la función sociointegradora que ha de ejercer el orden jurídico y satisfacer la pretensión de legitimidad del derecho, han de cumplir a la vez los requisitos de representar decisiones consistentes y de ser racionalmente aceptables...*

*El problema de la racionalidad de la administración de justicia consiste, por tanto, en que la aplicación de un derecho surgido contingentemente puede hacerse de forma internamente consistente y fundamentarse externamente de modo racional, para asegurar simultáneamente la seguridad jurídica y la rectitud o corrección normativas...<sup>509</sup>*

En el análisis de la Teoría de Sistemas de Luhmann, estudiamos la racionalidad jurídica desde esa perspectiva, ahora en la visión de la "acción comunicativa" es menester integrar ambas representaciones; ya decíamos en la teoría primeramente enunciada, que la racionalidad del Derecho no debe imponerse como una verdad absoluta a todos los mundos de la vida y, teniendo la tarea de determinar en casos de conflicto los errores, sin que ello equivalga a que

<sup>509</sup> *Ibidem.*, pp. 266-268.

los operadores jurídicos se queden sólo con esta visión correctora, en su caso tendrían que ampliarla integrando las realidades excluidas.

A esto ahora añadimos, que de acuerdo con la Teoría de la Acción Comunicativa, el juzgador en su sentencia cumple una función sociointegradora que satisface la pretensión de validez del Derecho, para lograrlo, las decisiones tienen que ser consistentes y racionalmente aceptables, este último objetivo se alcanza con la implementación de un acuerdo racionalmente motivado en el que en ejercicio del lenguaje orientado al entendimiento se logren decisiones de consenso y, por tanto, verdaderas razones jurídicas.

En la reconstrucción de la concepción de la racionalidad jurídica y de la administración de justicia, sobre parámetros de inclusión de realidades prescindidas y de una adopción de decisiones de consenso, es factible pensar que la indeterminación del Derecho se aminora, por la función integradora que realizaría el juez.

#### **A. La interpretación jurídica en la "acción comunicativa"**

En el capítulo segundo se estudió a la interpretación jurídica desde la perspectiva de Guastini, ahora analicemos el punto de vista de Habermas:

*...Una norma sólo puede <<aprehender>> una situación compleja del mundo de la vida en términos selectivos, es decir, en la perspectiva de la relevancia que la propia norma se encarga de fijar previamente, mientras que el estado de cosas constituido por la norma nunca agota el vago contenido semántico de una norma general, sino que a su vez lo hace valer de forma selectiva.<sup>510</sup>*

*La interpretación comienza con una precomprensión de marcado carácter evaluativo que establece entre normas y estado de cosas*

---

<sup>510</sup> *Ibidem.*, p. 269.

*una relación previa y abre el horizonte para el establecimiento de ulteriores relaciones... La hermenéutica cobra una posición propia en el seno de la teoría del derecho porque resuelve el problema de la racionalidad en la fundamentación de las sentencias mediante inserción contextualista de la razón en el contexto histórico de las tradiciones de que se trate. Según esto, la precomprensión del juez viene acuñada y determinada por los topoi de un contexto de tradición, es decir, de una determinada eticidad... La racionalidad de una decisión se mediría en última instancia por <<los estándares que representan usos y costumbres todavía no condensados en las normas>>, por <<una sabiduría jurisprudencial que antecede a la lex>>.<sup>511</sup>*

Habermas analiza la interpretación desde una perspectiva hermenéutica, en la que considera es practicada por el juez atendiendo al conjunto de tradiciones jurisprudenciales que lo permean y, de este modo, el juzgador da justificación a sus determinaciones apelando a la racionalidad que está en el contexto histórico.

En el segundo capítulo de este estudio, analizamos la interpretación y algunas de sus problemáticas, en el caso de Habermas se circunscribe a la crítica de una interpretación histórica; sin embargo, ya analizábamos los diversos modelos de la interpretación y los consecuentes obstáculos que representan. En sentido aludido por el autor, lo cierto es, que los juzgadores fundan la racionalidad de sus determinaciones al cobijo de la interpretación, como si ésta fuera una verdad absoluta carente de inconsistencias lógicas.

Lo anterior no equivale a sostener que la interpretación no sea una herramienta que en modo alguno coadyuve al quehacer jurisdiccional, pero lo que sí es necesario advertir es que la selección del método de interpretación debe atender una visión que integre la magnitud del objeto a interpretar, sus consecuencias y el contexto de dicha actividad.

<sup>511</sup> Esser, J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts Tübingen*, 1964, p. 182; Id., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Kronberg, 1972, citado por Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998, p. 269.

Ya que es fácil que detrás de la interpretación de un caso difícil se oculten motivaciones de valor provenientes de la escala axiológica del juzgador, produciendo que el caso se resuelva no con soluciones jurídicas, sino con opiniones y pretensiones de validez provenientes de la moral de los jueces.

*...los jueces rellenan el amplio espacio de discrecionalidad de sus decisiones; y permiten pronosticar las decisiones judiciales en términos históricos, psicológicos o sociológicos. Saltan a la vista las consecuencias que de este planteamiento se siguen en lo tocante al derecho. En la medida en que el resultado de un proceso judicial puede explicarse por los intereses, por el proceso de socialización, por la proveniencia social, por la actitud política, o por la estructura de la personalidad del juez, o por las tradiciones ideológicas, por las constelaciones de poder, por los factores económicos y de otro tipo que operen dentro y fuera del sistema jurídico, la decisión que se toma ya no viene internamente determinada por la selectividad impuesta por el procedimiento, por el caso que de se trate y por los fundamentos del derecho. La lógica interna del derecho, ya reblandecida desde la perspectiva de la hermenéutica jurídica, es decir, relativizada mediante su inserción en tradiciones, desaparece ahora por completo bajo esta descripción <<realista>> del proceso de aplicación del derecho.<sup>512</sup>*

#### **6. La argumentación jurídica desde la perspectiva de Habermas aplicada al "discurso jurídico"**

A lo largo del presente estudio, hemos analizado a la argumentación en diversos contextos teóricos, dentro de la "acción comunicativa" se hace una reformulación de dicha disciplina tomando como base todos los presupuestos de la comunicación y, dado que los jueces son falibles, parece ser que el <<consenso comunicativo>> les permite la detección de errores, lo cual resulta prudente en la labor jurisdiccional. Al respecto, Habermas dice lo siguiente:

<sup>512</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 503, p. 270.

*F. Michelman critica la concepción de monología que tiene Dworkin del proceso de la decisión judicial: <<Lo que falta es diálogo. Hércules...es un solitario. Es demasiado heroico. Sus construcciones narrativas son monológicas. No conversa con nadie, sino es a través de libros. No se entrevista con otros. No se tropieza con la otroriedad. Nada le conmociona. Ningún interlocutor viola la inevitable insularidad de su experiencia y perspectiva. Hércules no es más que un hombre después de todo. Y ningún hombre ni ninguna mujer podrían ser así. Dworkin ha construido una apoteosis del juez juzgado, pero sin prestar atención a lo que parece ser la característica institucional más universal y llamativa de la clase judicial, su pluralidad.<sup>513</sup>*

Habermas sostiene, que para dar una reformulación a la argumentación jurídica, es necesario tomar en cuenta que los argumentos son razones que en condiciones de discurso sirven para desempeñar una pretensión de validez entablada como un "acto de habla constatativo" o un "acto de habla regulativo" y que mueven racionalmente a los participantes en dicha disciplina a aceptar como válidos los correspondientes enunciados que describen o regulan algo. Una Teoría de la Argumentación que se limite a clarificar el papel y estructura de las explicaciones, sólo considera el juego de la justificación desde el aspecto del producto y, por tanto, en el mejor de los casos sólo puede ofrecer el punto de partida para una fundamentación de esos pasos de la argumentación que van más allá de una apología interna de los juicios jurídicos.<sup>514</sup>

Una Teoría en términos de discurso del Derecho que hace depender la aceptación racional de las sentencias judiciales no sólo en la calidad de los argumentos sino también en la estructura del proceso de argumentación, esa teoría se apoya en un concepto fuerte de racionalidad procedimental, conforme a la cual, las propiedades que constituyen la validez de un juicio, no sólo han de buscarse en la dimensión lógica y semántica de la estructura de los argumentos y

<sup>513</sup> Michelman, F., *op. cit.*, nota 468.

<sup>514</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 193, paráfrasis, p. 297.

del enlace de enunciados, sino también en la dimensión pragmática del proceso de fundamentación mismo.<sup>515</sup>

El estudio de las herramientas que proporciona la argumentación jurídica a jueces y magistrados, no basta para resolver la problemática relativa a la inconsistencia de las decisiones judiciales, toda vez que el simple análisis que proporciona ésta disciplina al Derecho no es suficiente para que se justifiquen racionalmente las sentencias. Es en el estudio que lleve a la ampliación de la perspectiva comunicativa y del análisis de cómo funciona el "sistema derecho", que el juzgador está en condiciones de reconstruir la ciencia jurídica en la inclusión de todo aquello que la ley excluye y, que la realidad jurídica de los casos concretos exige resolución.

La correcta formulación de los argumentos ni el empleo de las herramientas de la argumentación en las sentencias, es suficiente para la construcción de una racionalidad en las decisiones judiciales; es necesario que los operadores jurídicos cuiden todo el proceso de la argumentación desde la selección de las premisas hasta el proceso del discurso para llegar a consensos. Porque no basta con que se construya lógica y lingüísticamente una decisión, es menester que de fondo la decisión tomada en una sentencia, efectivamente sea acorde con el mundo de lo concreto, donde se originó la problemática jurídica, con el objetivo de que se aminore la tensión entre facticidad y validez.

*La validez de un juicio viene definida sin duda porque se cumplen sus condiciones de validez. Pero la cuestión de si se cumplen o no... sólo puede esclarecerse discursivamente, justo por vía de una fundamentación o justificación efectuadas argumentativamente. Ahora bien, los argumentos sustanciales nunca pueden ser <<concluyentes>>, en el sentido en que lo es una relación de inferencia lógica (que no es suficiente, pues no hace otra cosa que hacer explícito el contenido de las premisas), o una evidencia*

---

<sup>515</sup> *Idem.*, paráfrasis.

*contundente (de la cual no se dispone si no es en los juicios singulares de percepción, y aun en este caso no de forma incuestionable). De ahí que la cadena de posibles razones sustanciales no tenga ningún fin <<natural>>; a fortiori no puede excluirse que se presenten nuevas informaciones y se aduzcan nuevas razones. Fácticamente, sólo damos término, en condiciones favorables, a una argumentación cuando las razones, en el horizonte de supuestos de fondo mantenidos hasta ahora de forma aporética, se adensan hasta tal punto formando un conjunto coherente, que se produce un acuerdo sin coerciones acerca de la aceptabilidad de la pretensión de validez en litigio.<sup>516</sup>*

Cuando mutuamente tratamos de convencernos unos a otros de algo, nos fiamos intuitivamente siempre ya de una práctica en la que suponemos una aproximación suficiente a las condiciones ideales de una situación de habla inmunizada de forma especial contra la represión y la desigualdad; una situación de habla en la que proponentes y oponentes tematizan una pretensión de validez que se ha vuelto problemática y, descargados de la presión que ejerce la acción y la experiencia, adoptan una actitud hipotética para examinar con razones y, sólo con razones, si la pretensión defendida por el proponente se acepta o no. La intuición fundamental que vinculamos con esta práctica de argumentación viene caracterizada por la intención de obtener, sobre la base de las mejores intenciones y razones, un asentimiento universal para una manifestación controvertida, en una competición no coercitiva (pero regulada) en torno a los mejores argumentos.<sup>517</sup>

En los discursos de aplicación de las normas, cuya validez se da por supuesta, se siguen refiriendo a los intereses de todos los posibles afectados; pero al plantearse la cuestión, de qué norma es la adecuada en un caso dado, tal referencia pasa a segundo plano frente a los intereses de las partes directamente implicadas. Y en su lugar, pasan a ocupar el primer plano interpretaciones de la situación que dependen de la comprensión de que sí y del mundo tienen los

---

<sup>516</sup> *Ibidem.*, p. 298.

<sup>517</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 299-300.



autores de la acción de que se trate y los afectados por ella, se da un entrelazamiento de perspectivas de interpretación, no mediatizador. De ahí, que las interpretaciones de los casos particulares, que se hacen a la luz de un sistema coherente de normas, se vean remitidas a la forma de comunicación de un discurso que socioontológicamente está articulado; de suerte, que las perspectivas de los participantes y de los miembros implicados de la comunidad jurídica, representados por un juez imparcial, se dejen de transformar unas en otras.<sup>518</sup>

<sup>518</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 300-309.

"Aulis Aarnio entiende primero la legitimidad, que es una de las dimensiones de la validez jurídica, como aceptabilidad racional (sic) (Lo racional como razonable, Madrid, 1991). Al igual que Dworkin, Aarnio, pone el acento en la justificación externa de las premisas de decisión, para lo que son menester razones sustanciales: los principios y los objetivos (rightness reasons vs. goal reasons). Pero a diferencia del Dworkin, para la justificación de estos principios Aarnio no exige la construcción de una teoría comprensiva, sino sólo la coherencia bajo las condiciones de un discurso racional: <<El procedimiento de justificación es esencialmente un diálogo. Es una secuencia de preguntas y respuestas, con base en la cual se presentan distintos argumentos a favor y en contra. El destinatario puede aceptar racionalmente la interpretación sólo si la justificación conduce a una gavilla coherente de enunciados y si esa gavilla cumple ciertos criterios (sobre todo criterios de vinculación al Derecho Vigente). Esto es así porque los estándares de razonamiento jurídico no garantizan por sí sólo la coherencia del material justificatorio (sic). Todas las razones deben usarse, pues, de una forma racional. Las buenas razones sólo despliegan su fuerza de motivación racional en un foro en que pueden oírse todas las voces relevantes. Ese foro lo describe Aarnio con la ayuda del concepto de Perelman de una <<auditorio ideal>>. Ciertamente, para el discurso jurídico basta con un auditorio ideal particular, restringido a los límites de la comunidad jurídica. Este auditorio consiste en personas racionales que en sus posicionamientos de afirmación o negación se dejan determinar por la coerción sin coerciones del mejor argumento, pero esto sólo dentro del contexto de una forma concreta de vida compartida de antemano."

"Robert Alexy señala, que las <<reglas de racionalidad>>, <<reglas de razón>> hacen valer idealizaciones que no hay más remedio que suponer en la dimensión temporal, en la dimensión social y en la dimensión objetiva -tiempo infinito, ninguna restricción en el número posible de participantes y perfecta ausencia de coerción-. En el discurso racional suponemos condiciones de comunicación que, primero, impiden una interrupción de la argumentación, que no venga racionalmente motivada; que segundo, a través de iguales derechos de todos a acceder a la argumentación, así como a través de una participación en la argumentación, simétrica dotada de iguales oportunidades, aseguran tanto la libertad en la elección de temas, como también la inclusión de las mejores informaciones y razones; y que, tercero, excluyen toda coerción que pueda ejercerse desde fuera sobre el proceso de entendimiento, o que pueda surgir de ese proceso de entendimiento, a no ser la coerción del mejor argumento y que, por tanto, neutralizan todos los motivos a excepción del de la búsqueda cooperativa de la verdad. Para los discursos práctico-morales Alexy introduce como regla de fundamentación una versión del principio kantiano de universalización... Quien en serio trata de participar en la práctica de la argumentación tiene que asumir proposiciones pragmáticas que lo obligan a una asunción ideal de rol, es decir, a interpretar y valorar cuanto se diga adoptando también la perspectiva de cada uno de los demás potenciales participantes... la norma fundamental de Dworkin, es decir, a la norma de igual consideración e igual respeto a todos."

"...el discurso jurídico no puede moverse autárquicamente en un universo hermenéuticamente cerrado del Derecho Vigente, sino que ha de mantenerse abierto a argumentos de otra procedencia, en particular a las razones pragmáticas, éticas y morales hechas valer en el proceso de producción de normas y, por ende, agavilladas en la propia pretensión de legitimidad de las normas jurídicas. Por otro, la corrección o rectitud de las decisiones jurídicas se mide en última instancia por el cumplimiento de condiciones comunicativas de la

*...una interpretación articulada en términos de teoría del discurso insiste en que la formación democrática de la voluntad no extrae su fuerza legitimadora de la convergencia previa de convicciones éticas en las que se ha crecido, sino de presuposiciones comunicativas y procedimientos que en el proceso de deliberación permiten imponerse a los mejores argumentos...<sup>519</sup>*

*...Sólo en el intercambio público con los demás, que deben su identidad a las mismas tradiciones y a procesos similares de formación, puede el individuo, según esta concepción, cobrar claridad sobre los elementos comunes y sobre las diferencias, es decir, cobra claridad acerca de quién es él y quién quiere ser. En este autoentendimiento colectivo impónese un motivo para la superación del egocentrismo y del autointerés, a saber, la experiencia de que la exclusión y represión de algunos tiene por consecuencia el extrañamiento de todos, la experiencia de una <<casualidad del destino>> que hace sentir a cada cual como dolor el aislamiento respecto de un contexto común de comunicación, del que no cabe escapar. De ahí que desde un punto de vista comunitarista sólo se consideren genuinamente políticos aquellos discursos que se efectúan con el propósito de un autoentendimiento colectivo.*

*...La tensión entre facticidad y validez, que habría de estabilizarse como tal dentro del medio que representa el derecho mismo, estalla de nuevo entre el ideal de una república ética y la indigna realidad constitucional...*

*...de lo que se trata aquí no es de "¿qué debería yo hacer?" o de "¿cómo debería conducirme a mí mismo?", sino de "¿cómo hemos*

---

argumentación, que posibilitan la imparcialidad en la formación de un juicio... la exigencia que de que las reglas jurídicas no pueden contradecirse a normas morales, no se sigue sin más que los discursos jurídicos deban o puedan entenderse como un subconjunto de las argumentaciones morales. Contra esta tesis sostenida por Alexy de que el discurso jurídico es un <<caso especial>> del discurso moral."

"Las restricciones específicas a que se halla sujeta la acción forense de las partes ante un tribunal, no parecen permitir que el curso del proceso pueda medirse por los criterios de un discurso racional. Las partes no están obligadas a una búsqueda cooperativa de la verdad: su interés por obtener un resultado favorable en el proceso pueden también <<perseguirlo por la vía de utilizar estratégicamente como tapadera en el momento oportuno de argumentos susceptibles de consenso>>. A esto puede replicarse de forma plausible que todos los implicados en el proceso, cualesquiera sean los motivos por los que se guían, hacen contribuciones a un discurso que desde la perspectiva del juez sirve a la obtención de un juicio imparcial. Y sólo esa perspectiva es la esencial para la fundamentación de la decisión."

<sup>519</sup> *Ibidem.*, pp. 353, 355-356.

*de ser o estar-juntos y cuál ha de ser el marco institucional de ese estar-juntos?"<sup>520</sup>*

En el contexto de la argumentación expuesta, para concebir un giro en la forma en que se estudia a la argumentación jurídica en la Teoría del Discurso, es menester establecer como premisa que, el proceso de toma de decisiones es legítimo no en base a presupuestos éticos y morales, sino con fundamento en la racionalidad que en el proceso de la comunicación imprimen los participantes en la comunicación, los cuales abiertos al diálogo, abandonando sus pretensiones de validez orientadas al éxito, buscan colocarse en el entendimiento de todos los interlocutores y, en observación de la comunicación, todos tienen oportunidad de exponer con razones sus pretensiones de validez.

El Poder Judicial de la Federación tiene la tarea de reivindicar su papel como garante de los derechos constitucionales, en una función judicial en la que efectivamente desempeñe un ejercicio rector de las inconsistencias propias de nuestro sistema jurídico, en donde la tensión entre facticidad y validez se aminore en un mundo de la vida, donde las decisiones políticas e intereses de grupos de poder menoscaban la aplicación del Derecho y, lo utilizan como medio para alcanzar sus fines.

**A. La decisión judicial como paradigma jurídico en la "verdad legal"**

En la crítica efectuada por Habermas a la argumentación jurídica, advierte las consecuencias de la misma, dando como resultado, la construcción de un paradigma. En este sentido el autor en cita asevera:

---

<sup>520</sup> Beiner, R., *Political Judgment*, Chicago, 1993. p. 138, citado por Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998, p. 356.

*...Un paradigma jurídico es algo que en primera línea se infiere de las decisiones judiciales que, en virtud de los criterios que fuere, se consideran ejemplares, y las más de las veces suele equipararse a la imagen implícita que de la sociedad tienen los jueces...<sup>521</sup>*

*...<<Por visión social...entiendo las percepciones de los tribunales acerca de la sociedad (de su estructura socioeconómica, de sus patrones de interacción social, de sus objetivos morales, de sus ideologías políticas), acerca de los actores sociales (de su carácter, de su conducta, de sus capacidades), y acerca de los accidentales (de sus causas, de su volumen y de sus repercusiones)>>.<sup>522</sup>*

Las decisiones judiciales y, más aún, la jurisprudencia, llegan a constituir verdaderos paradigmas jurídicos en los que las sentencias y lo contenido en ellas llega a convertirse en verdad legal, inatacables, que pretenden ser la expresión de toda la racionalidad jurídica. Este tipo de asunciones de la comunicación son un obstáculo que disminuye la racionalidad de los argumentos utilizados por los operadores jurídicos. Ya que la ciencia jurídica y, en especial, la disciplina judicial debe de estar abierta a todo tipo de argumentos y perspectiva de realidades, en una visión integradora de todos los agentes afectados por las decisiones.

La transformación de las decisiones jurídicas en paradigmas es una ganancia metodológica que dichos paradigmas suponen para la posterior práctica de decisiones jurisdiccionales, este tipo de presuposiciones metodológicas gestadas al cobijo de la institución judicial, reducen la complejidad de la tarea de decidir el caso particular de una forma a la vez consistente y racional, es decir, a la luz de un sistema jurídico coherentemente ordenado.<sup>523</sup>

<sup>521</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 193, p. 473.

<sup>522</sup> Steiner, H. J., *Moral Argument and Social Vision*, Madison, Wisc., 1987, p. 92, citado por Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998, p. 473.

<sup>523</sup> Kübler, F., *Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie*, pp. 51, citado por Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998, paráfrasis, p. 476.

El Derecho Legítimo sólo se produce en la forma de una circulación de poder regulada en términos de Estado de Derecho, que ha de nutrirse de las comunicaciones que se producen en un espacio público y político no hipotecado por relaciones de poder y anclado en los ámbitos privados básicos del mundo de la vida a través de instituciones de la sociedad civil. Un orden jurídico es legítimo en la medida en que asegura la cooriginaria autonomía privada y autonomía ciudadana de sus destinatarios; pero al mismo tiempo debe su legitimidad a las formas de comunicación, sólo en las cuales puede esa autonomía expresarse y acreditarse. Esa es la clave de una comprensión procedimentalista del Derecho.<sup>524</sup>

### *7. La reconstrucción de la noción Estado de Derecho en la perspectiva de Habermas*

En la adopción de todos los presupuestos que llevan a la "*acción comunicativa*" y a un acuerdo racionalmente motivado, para la coordinación de la acción de los participantes en la comunicación; todo ello, en búsqueda de que los jueces proporcionen racionalidad a sus determinaciones jurídicas, provoca una formación en la teoría del Derecho, en la que se transforme también la concepción de Estado de Derecho, donde el contrato social como ficción que ha funcionado a la legitimación del poder político se abandone y se reformule en términos de condiciones para la comunicación en el acuerdo racionalmente motivado de todos los ciudadanos.

En el caso de la labor jurisdiccional, la reformulación de la concepción de Estado de Derecho se vislumbra bajo todos aquellos requisitos que deben ser cubiertos en la informaciones y en la comunicación, para considerar que deben aplicarse legítimamente a todos los ciudadanos, porque son producto de una racionalidad comunicativa.

---

<sup>524</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 193, paráfrasis, pp. 491-492.

*...El poder político sólo puede desplegarse a sí mismo a través de un código jurídico que haya sido institucionalizado en forma de derechos fundamentales...*

*...No es la forma jurídica como tal la que legitima el ejercicio de la dominación política, sino sólo la vinculación al derecho legítimamente estatuido. Y en el nivel postradicional de justificación sólo puede tenerse por legítimo el derecho que pudiese ser racionalmente aceptado por todos los miembros de la comunidad jurídica en una formación discursiva y la voluntad comunes.*

*...Con la aplicación reflexiva del derecho al poder político que el derecho presupone, desplazase, empero, la tensión entre facticidad y validez a una dimensión distinta: esa tensión retorna en el poder político constituido en términos de Estado de derecho...<sup>525</sup>*

La práctica del entendimiento se dirige a la práctica de la negociación por el fin a que se endereza: la conciliación que se busca es entendida en el primer caso como consenso, en el segundo como un arreglo. Lo que en el primer caso se invoca son normas y valores, a lo que se apela en el segundo es al enjuiciamiento de intereses y constelaciones de intereses.<sup>526</sup>

El Derecho Estatal y el poder político se juntan en la institucionalización de cargos que hacen posible una forma organizada de ejercicio de la dominación política, en una palabra: hacen posible la dominación estatalmente organizada. Ahora, el Derecho no solamente legitima al poder político, sino que el poder puede servirse del Derecho como un medio de organización. La autoridad normativa del poder estatal cobra, en virtud de esta función instrumental del Derecho, la competencia de tomar decisiones jurídicamente vinculantes. Y es en este nivel en donde se puede empezar a hablar de dominación estatalmente organizada. Sólo en virtud de esta función instrumental del poder se transforman los tribunales en órganos de un Estado. A éste debe a su vez el Derecho su función de estabilizar

<sup>525</sup> *Ibidem.*, pp. 201-203.

<sup>526</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 207.

expectativas de comportamiento, generalizadas en la dimensión temporal, social y de contenido.<sup>527</sup>

*El derecho sirve, tan pronto como presta a la dominación política forma jurídica, a la constitución del código binario que representa el poder... el poder al hacer respetar las decisiones judiciales, sirve a la construcción del código binario que representa el derecho. Los tribunales deciden acerca de qué es el derecho y qué no es derecho, acerca del <<justo>> y el <<injusto>>. En este aspecto el poder sirve a la institucionalización estatal del derecho.<sup>528</sup>*

Los tribunales federales por ser órganos terminales en cuanto a la toma de decisiones, en última término deciden si las sentencias de primera y segunda instancia se ajustan a la racionalidad judicial del amparo y las garantías individuales, en términos de legalidad. Pero lo cierto detrás de esta función, es que en último plano deciden y formulan las decisiones jurídicas vinculantes y dan la línea de la racionalidad legal, a través de la jurisprudencia, que en términos de los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo<sup>529</sup> es obligatoria para todos los tribunales del país.

Es precisamente por el grado de responsabilidad de la función del Poder Judicial Federal, que la racionalidad de sus decisiones al trasladarse a todos los ámbitos de aplicación del Derecho, debe construir fallos que no sólo sirvan de acoplamiento estructurales a la Política, sino que, efectivamente constituyan un verdadero control de la constitucionalidad de los actos de la autoridad que vulneren o restrinjan los derechos de los ciudadanos.

<sup>527</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 210.

<sup>528</sup> *Ibidem.*, pp. 210-211.

<sup>529</sup> Veáanse los artículos 192 y 193 de la *Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, nota 18.

"Artículo 192. La jurisprudencia que establezca cada uno de los Tribunales Colegiados de Circuito es obligatoria para los tribunales unitarios, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del fuero común de los Estados y del Distrito Federal, y los tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. Las resoluciones de los Tribunales Colegiados de Circuito constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integran cada tribunal colegiado."



En esta construcción racional de las decisiones jurisdiccionales federales, es que el "*poder comunicativo*", como lo llama Habermas, se debe interpretar como la garantía del Estado de Derecho, donde se someta la administración de justicia no al poder político, sino a la capacidad creadora y de reconstrucción de la comunicación en la aplicación del Derecho.

*...La aportación que el poder político hace a la función propia del derecho, es decir, a la estabilidad de expectativas de comportamiento, consiste en el establecimiento de una seguridad jurídica que permite a los destinatarios del derecho calcular las consecuencias de su propio comportamiento y el del prójimo...*

*...el derecho sólo mantiene fuerza legitimante mientras pueda actuar como fuente de justicia... Pero esta fuente se seca en cuanto el derecho queda a disposición de la razón del Estado.*

*...Por eso propongo considerar el derecho como medio a través del cual el poder comunicativo se transforma en administrativo. Pues la transformación de poder comunicativo en poder administrativo tiene el sentido de un facultamiento o autorización, es decir, de un otorgar poder en el marco del sistema o jerarquía de cargos establecidos por las leyes. La idea de Estado de derecho puede entonces interpretarse en general como la exigencia de ligar el poder administrativo, regido por el código <<poder>>, al poder comunicativo creador de derecho, y mantenerlo libre de las interferencias del poder social, es decir de la fáctica capacidad de imponerse que tienen los intereses privilegiados. El poder administrativo no tiene que reproducirse a sí mismo, sino sólo regenerarse a partir de la metamorfosis de poder comunicativo.<sup>530</sup>*

En este punto del análisis, Habermas da un giro a la concepción autopoiética y recursiva que Luhmann propone acerca del funcionamiento del Derecho, Jürgen Habermas considera a la "*acción comunicativa*" como un elemento que no reproduce al "*sistema derecho*" en su lógica de código binario ni lo remite en términos recursivos a sí mismo; sino que, en la posibilidad siempre

---

<sup>530</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 193, pp. 211-212, 218.



presente del riesgo de disentimiento de los participantes en la comunicación, por lo que hace a sus pretensiones de validez, se *regenera* la ciencia jurídica gracias al poder de la comunicación de transformar el mundo de la vida, sólo en base a decisiones de consenso.

En el estado de Derecho, la autonomía no es algo que un sistema jurídico cobre por sí solo, para sí solo. Autónomo es un sistema jurídico sólo en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la producción legislativa y la administración de justicia garantizan una formación imparcial de la voluntad y el juicio y por esta vía permiten que penetre, tanto en el Derecho como en la Política, una racionalidad procedimental de tipo moral. No puede haber autonomía del Derecho sin democracia realizada.<sup>531</sup>

El contenido de una decisión mayoritaria sólo puede considerarse como el resultado racionalmente motivado, pero falible, de una discusión acerca de lo que es correcto, provisionalmente cerrada por imponerlo así la necesidad de decidir: La discusión hace que las convicciones, tal como se han desarrollado en el espíritu de los distintos individuos, obren unas sobre otras, las clarifica y amplía el círculo de su reconocimiento. La forma práctica concreta que cobra el Derecho es consecuencia de la evolución y reconocimiento de la conciencia jurídica teórica previa de la sociedad, pero esa forma concreta sólo puede producirse de una manera, a saber, mediante votación y decisión por mayoría de votos.<sup>532</sup>

Gestada bajo estos requisitos la constitución articulada en términos de Estado de Derecho, es que los ciudadanos regulan su convivencia conforme a principios que, por ser un interés de todos por igual, pueden encontrar el asentimiento fundado de todos. Tal asociación viene estructurada por relaciones de reconocimiento recíproco bajo las que cada uno puede ser respetado por todos

<sup>531</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 587.

<sup>532</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 601.

como libre e igual. Todos y cada uno han de poder encontrar un triple reconocimiento: han de poder encontrar igual protección e igual respeto en su integridad como individuos canjeables, en su calidad de miembros de un grupo étnico o cultural, en su condición de ciudadanos, esto es, de miembros de la comunidad política.<sup>533</sup>

#### **8. La nueva epistemología en el mundo de lo concreto**

Las teorías expuestas en los anteriores apartados dan una perspectiva de racionalidad a las decisiones judiciales con base en diferentes observaciones del Derecho y de los operadores jurídicos. En este subtema la pretensión es dar una perspectiva desde un plano diferente del conocimiento, toda vez que las teorías expuestas con antelación parten del conocimiento que tiene el juzgador al momento de resolver desde la comprensión del mundo del lenguaje, de sus explicaciones y contradicciones.

Siendo que la epistemología de los objetos y, en concreto, la forma en que efectivamente conocen los operadores jurídicos, debe retrotraerse algunos pasos, para entender el proceso de captación de datos que realizamos los seres humanos y estar en condiciones de entender qué sucede en ese procedimiento, qué origina que haya diferentes interpretaciones.

Así con conciencia de tales procesos de formación de la captación del conocimiento, ofrecer una perspectiva más amplia de la problemática inherente de porque los jueces imprimen cierta racionalidad a sus decisiones y, analizar si tal conflicto, más que obedecer a un proceso construido dentro del lenguaje, atiende a razones biológicas inherentes al proceso de captación de información en los seres humanos.

---

<sup>533</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 624.

### A. El mundo de lo concreto y el mundo del lenguaje

Comenzaré refiriendo, que el juez previo a llegar a sus determinaciones, se mueve en el ámbito de dos mundos, el mundo de lo concreto y el mundo del lenguaje, estas dos realidades pertenecen a construcciones epistemológicas diferentes, toda vez que el primero de los mencionados obedece a la realidad ontológica y el mundo del lenguaje es una construcción comunicativa en la que los seres humanos se entienden en sus presuposiciones sobre algo en el mundo.

*El mundo de lo concreto, es el que es y está ahí, independientemente de la percepción que se tenga del él.*

*Las "hipótesis científicas" que se construyen para captarlo, sólo nos dan partes de posible mundo concreto, porque sobre él no pueden argumentarse "verdades", ni "absolutos". Esas "hipótesis científicas" se van construyendo mediante la contradicción, la corrección y la superación de las hipótesis científicas precedentes.*

*Las tautologías hacen parte del mundo del lenguaje y sirven para conectar proposiciones semánticas coincidentes, a partir de aceptar la validez de las primeras, que a su vez vienen a ser reforzadas por otras.*

*En consecuencia lo que llamamos "verdad" consiste en la coincidencia de proposiciones lingüísticas, respecto de aquello que queramos aceptar como tal.<sup>534</sup>*

El mundo del lenguaje es construido a partir de la captación que los intérpretes realizan del mundo de lo concreto, lo transforman y, transmiten en formas lingüísticas; en este sentido, en dicha interpretación van inmersas las impresiones volitivas del sujeto que interpreta y transmite las informaciones.

---

<sup>534</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, "La epistemología en el mundo de lo concreto", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Distrito Federal, México, Vol. 4, No. 6, enero-junio 2008, pp. 1-2.

*Por otra parte está el mundo del lenguaje, que es el que se inventa por los hombres en la comunicación, para construir la conciencia de lo real, la cual se reproduce a través de la ideología-norma.*

*Así, la sociedad vive el mundo intelectual del lenguaje y de la cultura, y no, el mundo de lo concreto que existe afuera de las invenciones ideológicas. Por tanto, los sistemas sociales no se edifican sobre el mundo de lo concreto, sino sobre un universo simbólico, cuya repetición en el tiempo, lo sustantiviza y objetiviza, y es a este resultado al que llamamos: "Realidad".*

*Esa "realidad" del mundo del lenguaje es el objeto de estudio de las "ciencias sociales" entre las que están la filosofía, la política, la psicología, la economía, o el derecho entre otras, cuyas variables no son controlables y son impredecibles en sus efectos.*

*En ellas la relación causa-efecto, tan socorrida en las ciencias naturales, sucumbe, porque las causas en las ciencias sociales no son claramente identificables, por lo tanto no son medibles y en cuanto se llegara, a conocerlas en parte, sus efectos podrían darse o no, ante las mismas causas.<sup>535</sup>*

Es precisamente dentro del mundo del lenguaje que el Derecho efectúa todas sus construcciones con pretensión de validez, respecto del mundo de lo concreto. La situación se vuelve difícil, cuando en estas interpretaciones no hay correspondencia entre los objetos observados con su disposición o aplicación normativa a un caso concreto, generándose así, una tensión entre ambos mundos.

*Esa construcción del mundo de lo artificial, a través de la ideología, lo simplifica y lo hace fácil para los individuos, de manera que se mueven en un limitado espacio de experiencias conocidas, reduciendo el campo del pensamiento y de la acción, a repeticiones y habituaciones que satisfacen la curiosidad y llenan la vida de todos aquellos que interactúan dentro de ese sistema social, sin temor al riesgo de lo desconocido.*

*Con lo visto, queda claro que existen por una parte, seres y hechos del mundo de lo concreto y por otra, seres y hechos del mundo del lenguaje, y que esos mundos al pertenecer a esferas ontológicas*

<sup>535</sup> *Idem.*

*diversas, corren líneas paralelas que no se juntan, pues cuando lo hacen, producen seres y hechos híbridos que no son lógicos sino ideológicos.*

*La construcción de la verdad jurídica mediante el procedimiento judicial constituye un ser híbrido ideológico, que siendo una especulación del lenguaje de todos los actores que en él intervienen, se presenta falsamente como mundo de lo concreto, cuando es sólo una artificialidad del lenguaje....<sup>536</sup>*

### **B. La construcción de la "verdad jurídica"**

El mundo de lo concreto y el mundo del lenguaje al pertenecer a construcciones epistemológicas diversas, al trasladarse las comunicaciones en ellos gestadas de manera patológica, genera que en la aplicación del Derecho por parte de los jueces se originen inconsistencias, las cuales construyen verdades jurídicas que se legitiman aduciendo, que resuelven los conflictos, cuando lo que verdaderamente hacen es dar soluciones lingüísticas que no siempre y, no en todos los casos, son acordes con la facticidad del mundo. Ello genera que se observe la realidad de la ciencia jurídica como una disciplina cada vez más alejada de la solución de los conflictos, sino es que se le etiqueta de obsoleta e instrumento de legitimación de decisiones políticas.

Sin embargo, al margen de los propósitos ocultos del Derecho, en el caso de su aplicación por los jueces, debe decirse que se inscriben en la construcción del mundo del lenguaje, en donde no permiten la intromisión de cualquier otra realidad ajena es éste; sus determinaciones son estrictamente recursivas dentro del "sistema derecho".

---

<sup>536</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, "La interpretación del Derecho", ponencia expuesta en el marco del Congreso Internacional "Problemas Contemporáneos de la Filosofía del Derecho", celebrado de la Universidad Nacional Autónoma de México, coordinadores doctor Enrique Cáceres Nieto, maestro Imer Flores, en el Auditorio Héctor Fix-Zamudio, del 7 al 11 de julio de 2003.

*Los jueces suelen encontrar la "causa" que motivó el hecho ilícito, sin embargo, en el comportamiento humano existen múltiples causas conscientes o inconscientes, que ninguno de nosotros individualmente podemos establecer específicamente, por lo tanto, no es posible que otro ajeno, sí la pueda determinar. En consecuencia, hablar de la causa-efecto en los fenómenos sociales o jurídicos no tiene consistencia teórica ni empírica.<sup>537</sup>*

Es por ello, que en la construcción de la "verdad jurídica" debe evidenciarse la forma en la que jueces y magistrados resuelven las sentencias, y abandonar las formas tradicionales que no justifican ni dan verdadera respuesta a los conflictos jurídicos.

### C. El proceso de conocimiento

La forma en que los seres humanos captamos y procesamos la información del mundo de lo concreto es trascendental, para la comprensión de la decodificación que de dichas informaciones realizan los cerebros de los operadores jurídicos. En este sentido, existe una necesidad de centrar el objetivo inicial de la epistemología, en los procesos de los sistemas biológicos de los organismos vivos, para determinar cómo conocen. En el esclarecimiento biológico de este tipo de procesos se deja de lado cualquier tipo de especulación realizada por otras ramas de las ciencias sociales, que al cobijo de construcciones lingüísticas crean situaciones que no existen, así como sus procesos, dando paso a las verdades legales que posteriormente justifica con los discursos especialmente confeccionados para legitimar tales construcciones.<sup>538</sup>

Para complementar la definición del problema de investigación, Bradford Kenney postula que la "epistemología" en el campo social y cultural, "equivale al

<sup>537</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 529, pp. 2-3.

<sup>538</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 3-4.

estudio de la manera en que las personas conocen las cosas y del modo en que ellas piensan que conocen las cosas."<sup>539</sup>

*...Por lo tanto, deja entrever que los procesos del conocimiento pueden ser varios dependiendo de los sujetos; que los resultados de ese conocimiento son inciertos, porque todos pensamos que conocemos igual, y no es así, por las múltiples variables biológicas, ambientales o de cualesquiera otras clases, que distorsionan la percepción en la relación con los entes que constituyen el universo. Pero además nos alerta, para distinguir, si eso que creemos que conocemos, es el mundo concreto, o una artificialidad construida consciente o inconscientemente por nuestros sentidos y nuestro lenguaje.*

*Pensemos al respecto, en los autores o participantes en un "hecho jurídico dado", que conforman una construcción de la realidad adicional a la "captada", que ya está distorsionada por las múltiples variables intervinientes en los diversos procesos del conocer de cada uno. Por lo tanto, sin quererlo o desearlo inventan un "hecho nuevo", diferente a aquel que deseaban describir y explicar.*

*Así, la lógica entendida como el procedimiento clásico para formar cadenas de ideas no sirve para abordar circuitos recurrentes sin generar paradojas, que consisten en dar sentido a algo que no tiene sentido y vivir ese sin-sentido.*

*A este respecto recurramos de nuevo a todas las "informaciones" que las partes, los testigos, los peritos y las autoridades policiales y judiciales reciben y transmiten para integrar el expediente donde se condensa la llamada "verdad jurídica". Toda esa información no corresponde a los "datos" del "hecho jurídico" ocurrido, sino a las particulares percepciones que cada persona haya tenido del mismo. El hecho narrado no corresponde nunca al hecho ocurrido. Sin embargo, sirve para inventar un "hecho jurídico" nuevo, que da pie a una argumentación aparentemente lógica, para juzgar a una persona y quitarle la vida o la libertad."<sup>540</sup>*

<sup>539</sup> Bradford, Keeney, *Estética del Cambio*, Páidos, España 1994. En Magdalena Espinosa y Gómez en "Conciencia, Lenguaje y Derecho". Tesis de doctorado. Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM, Diciembre 2006, p 130, citado por Sánchez Sandoval, Augusto, "La epistemología en el mundo de lo concreto", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Distrito Federal, México, Vol. 4, No. 6, enero-junio 2008, paráfrasis, p. 4.

<sup>540</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 529, pp. 4-5.

Si en los procesos de conocimiento está implícito el hecho de que las variables biológicas y sociales impiden a los sujetos establecer procedimientos epistemológicos iguales, respecto a la captación de los objetos del mundo de lo concreto, esto nos remite a pensar que en el caso de los juzgadores es igual, en estos términos, la imparcialidad sólo podrá ser entendida como una cualidad moral, pero no como un elemento que alcance al juzgador, dado que sus procesos cognoscitivos biológicos le impiden abstraerse de sus elementos volitivos inmersos en el proceso de captación de informaciones.

Lo apuntado en los anteriores términos, nos provee de una perspectiva diferente acerca del porque el juzgador no puede abstraerse de sus impresiones personales al momento de resolver, toda vez que desde el momento en que conoce los hechos a través de las afirmaciones de las partes, de los elementos de prueba y a lo largo de toda la fase procedimental; la formación de su opinión y de su juicio se efectúa con el influenciamiento de variables psicobiológicas inherentes a todo proceso de conocimiento.

**D. La percepción como resultado de procesos energéticos<sup>541</sup>**

La forma en que los sujetos conocemos es de trascendental importancia para la comprensión de cómo se decodifica esa información en el cerebro de las personas. Al efecto resultan de interés las ideas del Doctor Sánchez Sandoval:

*Creemos que tenemos la percepción directa de los sujetos, objetos y entes del universo, que constituyen el "dato" como información, pero no es así. La percepción de la información es el resultado de toda una fenomenología inconsciente, cuyo producto es lo captado, que en la literatura científica se llama "capto" y que se hace consciente*

<sup>541</sup> El título de este apartado fue tomado del doctor Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 529, p. 5.



*para nosotros, mostrándonos partes de la energía que contiene y constituye a todos los seres del universo.*

*Así, dice Gregory Bateson, la epistemología empírica se fundamenta en dos presupuestos: El primero consiste en que no tenemos conciencia de los procesos de construcción de las imágenes que conscientemente vemos. Y el segundo, que en estos procesos inconscientes aplicamos toda una gama de presupuestos que se incorporan a la imagen terminada... Todas las imágenes que "vemos" son en realidad fabricadas por el cerebro o el espíritu, que nosotros interpretamos como la energía que constituye la mente.<sup>542</sup>*

De acuerdo con Gregory Bateson,<sup>543</sup> autor citado por Augusto Sánchez Sandoval, la forma en que se conoce en la facticidad del mundo, proporciona dos formas: la primera de ellas, consistente en que los sujetos no son conscientes del proceso por el cual conocen y, secundariamente, que en la inconciencia de ese proceso de captación de información del mundo, el sujeto introduce otras variables que influyen en dicho procedimiento y, por ende, en su juicio y en el objeto observado.

En este sentido, todo lo observado por el sujeto es una composición de preinterpretaciones de unidades de distinción, que el cerebro hace para seguir emprendiendo procesos de discernimiento, entrelazándose una cadena de diferenciaciones que proporcionan al sujeto la posibilidad de seguir conociendo a partir de la distinción y, que sin embargo, en los nuevos procesos de conocimiento y aprendizaje, el sujeto no puede desligar los procesos previos que influyen en su juicio o discernimiento de los nuevos objetos conocidos.

Todo ello evidencia, que el proceso biológico de la epistemología es de esta manera y, que los problemas de interpretación de los objetos del mundo de lo

---

<sup>542</sup> *Idem.*

<sup>543</sup> Bateson, Gregory, en "Espíritu y Naturaleza", Amorrortu Editores, Buenos Aires, Argentina, 1993, citado por Sánchez Sandoval, Augusto, "La epistemología en el mundo de lo concreto", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Distrito Federal, México, Vol. 4, No. 6, enero-junio 2008, paráfrasis, p. 6.

concreto, si bien, provienen del mundo lenguaje, se originan en mayor medida en el proceso biológico inherente a la forma de conocer el mundo en términos *biológicos*.

*Esto quiere decir que no todos los organismos tienen las mismas capacidades en la percepción ni tampoco en el procesamiento de la información. Además en las personas existen condicionamientos ideológico-culturales relevantes en sus historias evolutivas y los fenómenos de "transferencia" en el aprendizaje que operan como factores de mediación en la epistemología.*

*Esto implica, que además de la recepción desigual de la información en los seres vivos, existen también en las interrelaciones personales conexiones energéticas que nos condicionan respecto del otro. De manera que asimilamos las definiciones, actitudes y comportamientos de los demás frente a nosotros. Y a su vez, se produce en nosotros una auto-percepción respecto de las expectativas que generamos en los demás.<sup>544</sup>*

Si al proceso biológico de cómo efectivamente se conocen los objetos del mundo de lo concreto y su consecuente construcción en conceptos en el mundo del lenguaje, le añadimos las cargas socioculturales de los sujetos como elementos de mutuo influenciamiento entre el lenguaje y la construcción de la verdad jurídica, nos evidencia las razones que explican el por qué los juzgadores interpretan el modo en que lo hacen y sólo justifican sus determinaciones a partir de construcciones lingüísticas.

En las relatadas condiciones parece plausible sostener, que el juzgador está indispuesto biológica y neurolingüísticamente para actuar imparcialmente y, esto, al momento de resolver es un gran problema, si tomamos en consideración que el análisis que efectúe de los hechos y la ponderación de las pruebas, será precedido por este proceso discernimiento, el cual, está influenciado por

---

<sup>544</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 529, p. 7.

distinciones que su cerebro realiza a partir de pre-construcciones que predisponen la forma en que conoce.

### **E. Las distinciones de la epistemología cognoscitiva**

Existen cuatro distinciones mediante las cuales se conoce, entre ellas, están: la pauta de la diferenciación, la conciencia de la diferencia, la conciencia de la realidad como apariencia y el proceso recursivo.<sup>545</sup>

En cuanto a la pauta de la diferenciación, para realizar el proceso de conocimiento se parte de la distinción, ya lo decía Luhmann, se conoce un objeto en su distinción con otros.

*Para poder "percibir" y "conocer" es preciso discriminar entre múltiples posibilidades, por medio de la construcción de diferencias, que permiten la percepción a través de su contraste.*<sup>546</sup>

*En el mundo biológico, el punto de partida de cualquier proceso epistemológico, pensamiento, percepción, descripción, decisión, o acción, consiste en hacer distinciones y diferenciaciones, respecto del universo con el que interactuamos.*<sup>547</sup>

El Derecho es un sistema autopoietico, referente a sí mismo y autodiferenciador. Este programa de teoría implica que las construcciones de la ciencia jurídica son las que producen todas las distinciones y descripciones que utiliza, y que la unidad del Derecho no es más que el hecho de su autoproducción:

<sup>545</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, pp. 8-10.

<sup>546</sup> *Idem.*

<sup>547</sup> Spencer-Brown, G., "Laws or Form". New York. Bentan, 1979, p V, citado por Keeney, Bradford en "Estética del Cambio". Editorial Aguilar, España 1974, p 134 y en Espinosa y Gómez, Magdalena "Conciencia, Lenguaje y Derecho", tesis de grado de Doctora, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Universidad Nacional Autónoma de México, Diciembre de 2006, p 126, paráfrasis, citado por Sánchez Sandoval, Augusto, "La epistemología en el mundo de lo concreto", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Distrito Federal, México, Vol. 4, No. 6, enero-junio 2008, p. 8.

"autopoiesis o autoreferencia". De acuerdo con esto, la sociedad debe ser tratada como el entorno social que posibilita y soporta esto.<sup>548</sup>

*A partir de este "acto primordial" de establecer distinciones pueden engendrarse infinitos universos posibles, porque el ser vivo si es consciente como persona, ubica la "pauta" en cualquier parte que quiera, y si opera como inconsciente, no puede controlarla y sin embargo, ella actúa sin darnos cuenta, en la discriminación del proceso de percibir y conocer, en la relación energética recursiva.*

*Tenemos conciencia no de todo, sino de algunas partes. La "información recibida" es una, la "captada" es otra y la "explicada", lo que resulte.<sup>549</sup>*

El juzgador al momento de conocer los hechos, trabaja en el proceso descrito en la transcripción, en el que influyen tres aspectos en la forma de decodificación de las informaciones, a saber: recibidas, captadas, resultado de estas dos últimas, y la explicación de lo que se observa.

Bajo la concepción descrita, el proceso de conocimiento implica que el juzgador tiene dos tipos de informaciones al momento de resolver, *la recibida y la captada*; entonces, el discernimiento que efectúe de los hechos y de las pruebas dependerá de ese proceso de recepción de la información, el cual es diferente en todas las personas, porque la información que recibe se transforma en su cerebro al momento de ser decodificada -captada- y, con ello realiza la construcción de su conciencia y decisión. Esta cuestión es problemática si consideramos que este proceso es distinto en todos los seres humanos; en este sentido, se gestan diversas decisiones judiciales, explicándose el por qué éstas llegan a ser contradictorias.

<sup>548</sup> Luhmann, Niklas, *op. cit.*, nota 247, paráfrasis, p. 85.

<sup>549</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 529, p. 9.

Por lo que hace a la conciencia de la diferencia, Sánchez Sandoval Augusto enfatiza, que la conciencia permite hacer distinciones, pero que dicho proceso es diferente en todos los sujetos; por lo que, se construye una conciencia de la realidad recursiva en cada individuo. Situación que se complica, cuando concebimos la idea de que exista un "*juzgador imparcial*", que resuelva los conflictos de intereses entre las partes.

El "*proceso de la recursividad*" está en las interacciones energéticas y, particularmente, entre quién capta y lo aparentemente captado. De tal manera que ambos entran en una relación en la que el cognoscente se vuelve parte de lo conocido y lo conocido se vuelve parte del cognoscente, en una simbiosis que los integra a los dos, en su aceptación, rechazo o indiferencia.<sup>550</sup>

*De ello se deriva una consecuencia importante para los estudiosos del derecho y consiste en que nadie puede ser imparcial. Las partes en un litigio, los testigos, los policías, los ministerios públicos o los fiscales, los jueces, los ministros de la corte y todas las demás personas que intervienen en un expediente jurídico entran en la recursividad sin darse cuenta y aunque no quieran. Por tanto, sus ideologías, sus intereses, sus prejuicios, sus gustos y disgustos, sus predisposiciones y el fenómeno de la transferencia, se reflejan consciente o inconscientemente en todas las diligencias en que tengan que intervenir.<sup>551</sup>*

El hecho de que los operadores jurídicos no puedan ser imparciales es una dificultad ya explicitada por la teoría; sin embargo, los procesos de comunicación orientados al entendimiento, están en condiciones de aminorar esta problemática, si los participantes en la comunicación (actor, demandado, juez, magistrados, ministros, etcétera) establecen puntos de convergencia a partir de los cuales se pueda trabajar y, construir decisiones racionales.

---

<sup>550</sup> *Ibidem.*, paráfrasis, p. 10.

<sup>551</sup> *Ibidem.*, p. 11.

---

Sin que implique un obstáculo para el entendimiento, el hecho de que biológicamente sus procesos de discernimiento son distintos, ya que de cualquier modo comparten el mismo mundo de la vida que están interpretando y las mismas construcciones lingüísticas; siendo estos dos elementos, los que se identifiquen como puntos de partida comunes, desde los cuales estén en condiciones de proyectar racionalidad en sus determinaciones jurídicas, gracias al consenso racionalmente motivado para la coordinación de sus acciones.

La problemática en el caso de la impartición de justicia se agudiza, si tenemos presente en la reflexión, el entendimiento de cómo conocen los sujetos los objetos del mundo de lo concreto, aunando a esto, la toma de posturas de las partes, donde cada uno de ellos en dicho procedimiento de conocimiento percibe los hechos de manera diferente, sumándole el hecho de que en todos los conflictos de intereses los participantes en la comunicación ejercen pretensiones de validez orientadas al éxito para hacer valer sus determinaciones.

En este sentido, el análisis de la función judicial, desde esta epistemología biológica y de conocimiento, nos proporciona un cambio en la perspectiva de cómo efectivamente conocen los sujetos el mundo de lo concreto y, más aún, como influyen todos estos aspectos en la forma en que resuelven los juzgadores y en las decisiones que emiten.

Sin embargo, es menester argumentar, que no obstante las vicisitudes y contrariedades que evidencian estos procesos de conocimiento, con la adopción de la "acción comunicativa" en los procesos del discurso jurídico, los jueces estarán en condiciones de dialogar las diferentes perspectivas que tienen acerca de algo en el mundo. En este sentido, a través de los consensos y de la eliminación de formas de comunicación patológica, se estaría en condiciones de

lograr asentimientos acerca de las cuestiones problemáticas y, a partir de este punto, construir decisiones jurídicas racionales.

De esta manera, si el proceso biológico de conocimiento naturalmente lleva a que se capten informaciones de manera diferente, tendría que ser sobre la base de la comunicación que se construyan puentes de unión acerca de las similitudes y divergencias del objeto observado, siendo que desde la discusión racionalmente motivada a coordinar las acciones, los sujetos logren partir de la construcción conjunta de argumentos, para edificar decisiones, que si bien parten de procesos de conocimiento diversos en cada sujeto, logran converger racionalmente a través de los procedimientos de la comunicación y del diálogo.

*Así, lo que nos permite distinguir es la "conciencia", como aquello con lo cual y gracias al contraste, nos damos cuenta.<sup>552</sup> Pero todos percibimos y conocemos en forma diferente, de acuerdo a nuestras propias capacidades y pautas bio-psíquicas, que nos sirven para construir nuestra individual "conciencia de la realidad".*

*Lo que la ciencia empírica llama "datos", honestamente debe ser llamado "captos", ya que un dato es lo que es dado y un capto es lo captado.<sup>553</sup>*

Si los datos forman parte del mundo de lo concreto y los captos del mundo del lenguaje, es aquí donde se genera lo que Habermas llama la tensión entre facticidad y validez, pero en este punto epistemológico, para aminorar esa discrepancia de los referidos mundos, primeramente, es necesario que el juzgador adopte una visión más amplia, la cual, le permita advertir primordialmente la existencia de estos dos universos y, en segundo término, que consciente de sus

---

<sup>552</sup> Shrödringer, Edwin, Espíritu y Materia, paráfrasis de Magdalena Espinosa y Gómez en "Conciencia, Lenguaje y Derecho". Tesis de doctorado. Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM, Diciembre 2006, p 126, citado por Sánchez Sandoval, Augusto, "La epistemología en el mundo de lo concreto", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Distrito Federal, México, Vol. 4, No. 6, enero-junio 2008, p. 9.

<sup>553</sup> Bradford, Keeney, *op. cit.*, nota 534, p. 10.

limitaciones biológicas construya la racionalidad jurídica, con el apoyo mutuo de los demás participantes en la comunicación.

*Nadie percibe igual a otro, por la identidad biológica particular que cada uno tiene, pero además porque el universo es dinámico, está en constante cambio y no puede conocerse en su totalidad. Por ello, el "dato" hace parte del "mundo de lo concreto", mientras que el "capto" hace parte del mundo del lenguaje.<sup>554</sup>*

Finalmente, por lo que hace a la conciencia de la realidad como apariencia y el proceso recursivo, aquí se gesta una conciencia de la realidad que consiste en el conocimiento superficial, aparente y subjetivo que nace en la inmediatez de la "interacción recursiva" entre un sujeto-objeto y un objeto-sujeto de los entes que constituyen el universo, pero que da la visión de "certeza", "verdad" y "totalidad", no obstante su artificialidad.<sup>555</sup>

El juez al momento de resolver está influenciado, ya lo decíamos por procesos biológicos en su forma de conocer el mundo, pero también tiene que lidiar con el hecho de que trabaja en una realidad de ideologías y construcciones epistemológicas que obedecen intereses de grupos.

*Toda persona, generalmente se construye su conciencia de la realidad, pero en las sociedades verticales de dominación, el sujeto dominante impone a todos los demás, su propia conciencia de realidad, y la institucionaliza como ideología obligatoria para todos y como la única "verdad".*

*De ello se deriva, que para acercarnos al mundo concreto, las personas deben de negar la "conciencia de la realidad" construida e impuesta por el poder, y también la conciencia de la realidad que se haya construido cada una individualmente. Así, contradiciéndolas, se puede encontrar la posibilidad de una síntesis, que permita ir en busca de la conciencia de lo posible que está más allá del "capto"*

<sup>554</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 529, p. 10.

<sup>555</sup> *Idem.*, paráfrasis.



---

*personal", o del "capto institucionalizado" y generalizado como obligatorio.<sup>556</sup>*

En este contexto de exposición, el juzgador tendría que construir sus premisas observando la circularidad del poder, pero al mismo tiempo, superando este tipo de lógicas, en las que también consciente de cómo "capta" las informaciones del mundo, logre construir decisiones jurídicas que solucionen problemáticas del mundo de lo concreto y no sólo sean abstracciones lingüísticas que no refieran el conflicto y, menos aún, lo reparen.

Es en el abandono de una perspectiva de recursividad al sistema mismo, que el juzgador debe realizar la integración de todas las realidades y mundos de la vida, en los que incluya toda aquello que el Derecho ignora y, que por tanto, es indiferente a ello, excluyéndolo de su lógica y ubicándolo fuera del Derecho, en la nada jurídica.

Es precisamente en la adopción de una forma integradora de visiones del mundo, que el juzgador puede construir hipótesis de solución que sin apartarse de lo jurídico, pueden integrar al entorno sociedad, disminuyendo los efectos cruentos de la aplicación de un Derecho que no siempre es acorde a la realidad que resuelve, pero que sin embargo, tal circunstancia no es obstáculo para la reconstrucción de la ciencia jurídica en términos de comunicación.

**F.** *¿Cómo justifican los operadores jurídicos después del proceso de conocimiento biológico?*

Una vez analizada la nueva epistemología en el mundo de lo concreto y la forma en que los sujetos conocen, es necesario estudiar el proceso de justificación

---

<sup>556</sup> *Ibidem.*, p. 11.

realizado por los juzgadores después de conocer. Al respecto, Bradford Keeney apunta:

*El observador primero diferencia, distingue y luego describe. Por ello al proponer una distinción, construye de antemano su propia respuesta.*<sup>557</sup>

*Una descripción pura abarca la información de todos los hechos (o sea de todas las diferencias efectivas) inmanentes en los fenómenos descritos, pero sin lógica ni explicación y tampoco, sin indicar una conexión entre esos fenómenos, que pudiera hacerlos más comprensibles.*<sup>558</sup>

*La descripción consiste entonces, en la des-estructuración del "capto", es decir, del proceso biológico mediante el cual el cerebro decodifica la información que brindan los sentidos.*

*Entonces la información primero se descodifica por el cerebro, y esto constituye a la descripción; pero luego se codifica en la "mente" y ello nos da la "conciencia de de la realidad" como capto resultante.*<sup>559</sup>

En la Teoría de Sistemas aludíamos a la característica tautológica inherente al "sistema derecho" y, a su remisión recursiva a soluciones dentro de su propia lógica: conforme a derecho/no conforme a derecho. En este tenor, si el proceso de conocimiento igualmente parte de la formulación de distinciones para el discernimiento, el juzgador sería recursivo en sus construcciones, porque para que pueda conocer nuevos elementos parte de cimentaciones previas que le otorgan los elementos de distinción para el nuevo conocimiento.

Entonces, una vez que conoce lo que efectúa es un proceso de justificación de sus decisiones, las cuales realmente necesitan de este proceso, toda vez que la psique del juzgador le impide que sea objetivo, lo que implica que esté

<sup>557</sup> Bradford, Keeney, *op. cit.*, nota 534, p. 13.

<sup>558</sup> Bateson, Gregory, "Espíritu y Naturaleza", *op. cit.*, nota 538, p. 13.

<sup>559</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 529, pp. 13-14.

condenado a la indeterminación, ya no sólo del Derecho, sino ahora también de los procesos de conocimiento.

*En síntesis el proceso de la descripción consiste en la decodificación de la información en partes, para de ahí pasar a la mente, que como energía, reintegra la información para volverla capto y conciencia. El sistema nervioso constituye un sistema neuronal cerrado cuyos procesos autopoieticos se dan en el mismo en forma natural y sin excitaciones extrañas. Somos nosotros quienes con el lenguaje, amplio o reducido de cada persona, inventamos indebidamente el adentro, el afuera, lo consciente o lo inconsciente, lo interno o lo externo respecto del sistema nervioso que es cerrado y autopoietico.<sup>560</sup>*

En el sentido apuntado, el juez después de realizar la descripción del mundo que observa, lo explica y, esta elucidación, ya no pertenece al mundo de lo concreto, sino que se realiza en la construcción lingüística de lo que a su juicio percibió de las informaciones dadas y de las captadas, realizándose la labor de justificación de las informaciones. De ahí, su validez dependerá de la aceptación que demos a la premisa básica que conecta esas proposiciones que son tautológicas.<sup>561</sup>

Es en este punto, que la argumentación interviene como elemento justificador de las decisiones de los jueces, ya que éstos tienen que emprender la faena de explicar por qué percibieron el mundo y los objetos en el modo en que lo hicieron y, por qué no es plausible realizar una comprensión diferente desde otros puntos de vista.

*En consecuencia no es posible apropiarnos del "dato" que está en el universo y todo lo que digamos de él, son meras especulaciones. Si la descripción es la decodificación del mundo concreto, la explicación no tiene nada que ver con él, pues es totalmente mundo*

---

<sup>560</sup> *Ibidem.*, p. 15.

<sup>561</sup> *Idem.*, paráfrasis.

---

*del lenguaje respecto del cual podemos decir cualquier cosa, por lo tanto el mundo en que vivimos es una invención de cada uno de los sujetos que conocen y a su vez, una construcción a partir del grupo de poder que domina.*<sup>562</sup>

Si la descripción que realiza el juzgador sólo es formulada en términos lingüísticos, para justificar las decisiones tomadas, de las cuales no es dable hacer pretensiones de universalización; entonces, el operador jurídico consciente de los procesos de conocimiento y de sus limitaciones, tiene que integrar una perspectiva más amplia de todos aquellos elementos que le permitan dar justificaciones racionales de las decisiones, en términos de reconciliar los elementos del mundo de lo concreto con el mundo del lenguaje.

*La predisposición en el ser vivo puede estar condicionada biológica o culturalmente, de manera que opera como un importante factor de distorsión en la percepción y en la explicación, por ello es preciso saber que existe.*<sup>563</sup>

En el proceso de construcción de las decisiones judiciales y, más aún, en los factores que influyen para su justificación, los jueces deben de tomar el transcurso de la interpretación desde una configuración que les permita develar las inconsistencias de estos procesos y del Derecho, para que partiendo de ellas, reconstruya en sus decisiones, una ciencia jurídica que dé efectivas respuestas a los casos sometidos a su consideración y, que las mismas, no sólo sean construcciones lingüísticas que justifiquen todo tipo de abusos de autoridad.

*Para quienes la interpretación es un trabajo de desenmascaramiento, deben partir del principio que dudar permite conocer y para ello se requiere negar la conciencia de realidad que está preconstruída por otros y que aparece como verdad, porque ha sido impuesta por quien ha tenido poder para institucionalizarla como verdad y totalidad para todos.*

---

<sup>562</sup> *Ibidem.*, p. 16.

<sup>563</sup> *Ibidem.*, p. 17.

*La conciencia de lo real debe de ser superada en busca de la conciencia posible, esto es, buscando las rendijas que haya en las paredes de la cámara oscura o rompiéndola, para ver hacia afuera y encontrar otras razones y otras realidades diferentes.<sup>564</sup>*

Claro está que el camino a seguir no es fácil y, que implica al juzgador, un despliegue de redes semánticas de conceptos propios de la argumentación, que concatenados unos con otros, permitan arribar a conclusiones racionales, entendido este ejercicio no desde una racionalidad de verdad legal impuesta, que la misma forma en que está organizada la institución del Poder Judicial en México, permite todo uso de explicaciones que remiten a la recursividad del sistema; sino que en todo caso, en la inscripción de una reconciliación de cómo el operador jurídico entiende el mundo de la vida y pueda aplicar las normas jurídicas dando soluciones que verdaderamente transformen positivamente el mundo y, no sólo

<sup>564</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 531.

"...Para la interpretación judicial de las normas jurídicas se pueden abrir tres grandes cauces: a) Aquel que toman los que consideran que la conciencia que se tiene sobre el mundo y sobre sí mismos ha sido construida con base en ciertos parámetros ideológicos, por lo que el conocimiento institucionalizado ha dependido de los intereses y de las decisiones del poder, con el cual no se está de acuerdo. Desde este ángulo de observación, la interpretación del ministerio público o del juez dependerá de su integración al aparato judicial y de su necesidad de permanecer dentro del mismo, para sobrevivir económicamente. Es decir, aquí el intérprete sabe de la mala conciencia que existe en la estructura del Estado y que se pretende legitimar como buenas intenciones a través de las normas jurídicas. Sin embargo, ellos juegan las cartas que tienen."

"b) Otro cauce es aquel que toman los intérpretes de las normas, cuando comprendiendo o no, que viven en una realidad construida, se conforman con el estado de cosas y aplican las normas, considerando que tienen todo el Derecho a juzgar a otros. Entonces para justificarse buscarán la presunta voluntad del legislador al hacer la norma, el contexto social o político en que se encuentre o argumentando la salida que sea de su interés, ya sea respecto de normas claras u oscuras."

"c) Por último, están los intérpretes del desenmascaramiento que también aquí aparecen al develar la mala fe, que pueda existir detrás de las presuntas buenas intenciones, que plantea la norma. En las sociedades de estructura vertical y jerárquica, la norma no es un producto del consenso, sino de la imposición del más fuerte, así sea bajo la etiqueta de una mayoría. Entonces el hermeneuta tendrá que afrontar su trabajo partiendo del presupuesto que todo acto de poder es arbitrario y por lo tanto, lo beneficia y lo protege a él."

"En consecuencia, el intérprete debe tener intuición y saber leer entre las líneas blancas de la norma, el sentido subrepticio que se busca con su aplicación y que será el fin real que desea alcanzar el dominante, que la promulgó. Todo acto humano y más si es de poder, contiene funciones declaradas que construyen una apariencia, por ello es necesario intuir las funciones latentes, es decir, todas aquellas que en la realidad se alcanzan."

"Para ello es preciso poseer pensamiento abstracto y un ánimo libertario que permita ponderar la voluntad de poder, con el interés del dominado a quien va dirigida la norma, ya que ésta es un puñal que rara vez hiere a quien la empuña."

*La argumentación jurídica desde la perspectiva de la "Teoría de Sistemas",  
de la "Teoría de los Derechos en Serio" y de la "Teoría de la Acción Comunicativa".  
Su implementación a la reflexión judicial de los fallos en el juicio de amparo mexicano*

---

constituyan decisiones justificadas en términos de institucionalidad y recursividad de la ciencia jurídica.

*La argumentación jurídica desde la perspectiva de la "Teoría de Sistemas",  
de la "Teoría de los Derechos en Serio" y de la "Teoría de la Acción Comunicativa".  
Su implementación a la reflexión judicial de los fallos en el juicio de amparo mexicano*

---

## CONCLUSIONES

Una vez efectuado el análisis de las decisiones judiciales en las sentencias de amparo mexicano, a través de su formación para el fortalecimiento del Estado de Derecho, por medio de la interpretación y la argumentación como herramientas que coadyuven a la labor judicial a dar racionalidad y consistencia a las determinaciones jurisdiccionales, llegamos a las siguientes conclusiones:

1. En el Poder Judicial de la Federación en México, el proceso de toma de decisiones plasmado en las sentencias de amparo sufre de una deficiencia jurisdiccional en cuanto a su justificación, toda vez que llega a caer en procedimientos arbitrarios, reflejo de una decadencia institucional, que denota la ausencia de un forma que metodológicamente auxilie a jueces y magistrados al eficiente desempeño de su labor judicial y, dada la trascendencia jurídica de sus fallos, es de menester importancia el análisis de esta problemática, ya que tales determinaciones afectan en grado predominante los derechos de los individuos, pretendiendo justificarse en la afirmación de que son la pragmatización del Estado de Derecho y, aún más, de la "justicia".

2. En el juicio de amparo mexicano, se debe abandonar la justificación de las decisiones jurídicas, por lo que hace a su pretendida apología en exclusiva alusión de concepciones filosóficas o sociales, tales como: Estado de Derecho, justicia, garantías individuales, etcétera; siempre y cuando estas nociones sólo constituyan construcciones retóricas de la argumentación, que de modo alguno justifiquen racionalmente las determinaciones judiciales plasmadas en las sentencias, cuando formen conceptos que no corresponden a una pragmática solución al caso concreto, quedando inscrita la legalidad sólo en el plano de lo lingüístico, pero que de hecho, no tienen correspondencia con la solución de los casos concretos que tienen que resolver los jueces y magistrados federales.



**3.** El Poder Judicial Federal Mexicano, realiza su función a través de jueces y magistrados, a diferencia de los otros dos poderes de la Unión, la elección de sus miembros no es democrática, toda vez que su designación no se efectúa vía elección popular, esta situación es trascendente en términos de legitimidad. Es por ello, que una forma de legitimar su designación, la constituye la racionalidad de las sentencias que emiten, la consistencia metodológica y la coherencia de las mismas, como condiciones que posibilitan el que un ciudadano mexicano pueda considerar que la designación de un juez o magistrado del fuero federal es justificada y legítima; no obstante, que no hayan sido elegidos por elección democrática y popular.

En el sentido apuntado, válidamente puede sostenerse que se realiza el Estado Constitucional Democrático; puesto que la racionalidad de la decisión le permea de legitimidad. Al realizar la labor judicial con responsabilidad, el juzgador debe de tener en cuenta que no sólo resuelve en atención a dirimir la controversia sometida a su consideración, sino que al emitir su criterio jurídico, debe tener siempre presentes a las partes, la doctrina emitida por el foro jurídico y a la sociedad misma, no sólo en atención a los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte; ya que la racionalidad de su decisión será sometida al escrutinio público, en reclamo de justicia o, por lo menos, consistencia en sus decisiones.

**4.** Los juzgadores constitucionales deben vigilar que en la aplicación del Derecho haya certeza y, más aún, consistencia; es decir, que en igualdad de casos sometidos al arbitrio judicial, exista la certidumbre de que se aplicarán las mismas decisiones, materializándose efectivamente un Derecho Jurisprudencial en el que consiguientemente el sistema de precedentes otorgue consistencia a la decisión del juzgador.

No como actualmente acontece, que no hay coherencia de criterios y, menos aún, permanencia de los mismos en casos iguales. Esto genera una gran gama de interpretaciones y directrices de resolución, bajo las cuales argumentan y

justifican sus decisiones, pero que en ningún caso son lógicas y menos aún racionales, por la multiplicidad de criterios existentes, originando incertidumbre para el gobernado.

Ejercida de esta forma la actividad judicial es que se dará al individuo que insta la maquinaria judicial, la posibilidad de aspirar a la certeza de que el sentido del fallo será el mismo, con independencia del tribunal que resuelva el asunto, ello debido a la uniformidad de criterios jurídicos.

**5.** La función judicial desempeñada por los jueces y magistrados federales debe concretarse desde el plano teórico donde se encuentran toda esa serie de valores y principios constitucionales, al plano pragmático legal; en el sentido apuntado, es precisamente la sentencia el acto judicial en donde los operadores del Derecho no sólo aplican la ley y realizan la norma constitucional, sino también en el que contribuyen a la construcción racional del Derecho.

**6.** La reforma al sistema judicial en México, es una cuestión de imperiosa necesidad, para estar en condiciones de vislumbrar un progreso en estos términos; entre los cambios más urgentes se encuentran:

**a)** Especialización de jueces y magistrados, para una posterior colegiación, en la cual se exija la constante preparación y actualización de los jueces constitucionales;

**b)** Revisión del marco jurídico nacional a efecto de que se reduzcan los supuestos que provoquen discrecionalidad judicial, puesto que tal situación sólo genera incertidumbre jurídica, al efecto se hace indispensable la revisión de la legislación para que exija la máxima claridad en las leyes y lograr reducir lo arbitrario en la actividad jurisdiccional;

c) Que en la labor judicial no sólo se vele por la estadística de los asuntos resueltos por cada órgano jurisdiccional, sino que se ponga especial énfasis en la calidad en la interpretación y argumentación; que se abandone sólo el método de subsunción de la norma al caso concreto; que en todos los asuntos se exija un máximo de esfuerzo racional, para que así se de estricto apego a la ley;

d) Fortalecimiento del Estado de Derecho en el respeto y continua construcción del principio de equilibrio de poderes, en atención al nombramiento de ministros, ya sin la injerencia política del Ejecutivo, sino mediante un sistema que le de plena autonomía y, por tanto, imparcialidad e independencia al Poder Judicial Federal Mexicano;

e) Revisión de la política criminal, puesto que la sentencia de amparo tiene efectos "*restitutorios*" al quejoso en el goce de la garantía individual violada, la racionalidad en la decisión judicial es fundamental en este aspecto, ya que el bien jurídico tutelado en este tenor es la libertad, es por ello, que debe ponerse más énfasis en esta materia;

f) Finalmente darle efecto "*erga omnes*" a las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes, porque en este sentido ya no es operante el principio de relatividad de las sentencias, pues provoca, entre otros, los siguientes inconvenientes: Atenta contra el principio de supremacía constitucional, vulnera el principio de igualdad ante la ley y rompe la regularidad del sistema jurídico mexicano.

7. La labor judicial debe inscribirse en el marco de la realización práctica del Estado de Derecho, en el cual se gestó un sistema político legítimo y estable y, dicha legitimidad es fortalecida, cuando la decisión judicial en la institución del juicio de amparo otorga certeza jurídica a los gobernados acerca de la observancia y aplicación por parte del aparato judicial de los principios constitucionales.

En última instancia realiza y fortalece la soberanía popular *-voluntad general-*, porque en el apego al texto constitucional y, máxime, en la correcta interpretación del mismo, traslada la democracia de un pueblo a la praxis de una resolución judicial, cuando se realizan los valores supralegales y vinculantes de la constitución en el efectivo respeto de las garantías individuales y en el otorgamiento a los gobernados de un contexto permeado de certeza jurídica, acceso a la impartición de justicia y que ésta sea producto de la razón y no de los intereses políticos de los contendientes (en el caso de los asuntos que por su cuantía o las partes en conflicto tienen fácil injerencia en la opinión política).

La democracia como la voluntad del pueblo en la elección de sus representantes y en la instauración de su forma de gobierno, pretende certeza, más aún, en el caso del Poder Judicial Mexicano, en el que por la forma de elección de los jueces, parece a primer plano no tener ejercicio democrático, pero en la realización de su cometido y, específicamente, en la corrección material de su función debería reivindicar su valor: en la consistencia de sus decisiones justificar su creación.

**8.** El Consejo de la Judicatura Federal de México, es el órgano dentro de la organización del Poder Judicial Federal, que se ha establecido para que funja como un órgano administrativo de control y vigilancia de la institución, atribuyéndosele dentro de sus funciones de gobierno y administración de los tribunales, facultades de revisión de la eficiencia de los juzgados y tribunales. Sin embargo, en el ejercicio de ellas no funciona.

Primeramente, porque es un órgano que pertenece a la organización y el observador no puede observarse a sí mismo. En segundo término, porque en su facultad revisora se concreta a inspeccionar el número de asuntos resueltos por cada órgano, centra su atención en la estadística, pero no revisa la consistencia metodológica y jurídica de la decisión judicial en sí, que cada órgano emite. De tal

forma, que lo sustancial en el juicio de amparo no es inspeccionado por nadie -es decir, el razonamiento toral con el que se justifican las sentencias de amparo- bajo el pretexto de la independencia judicial.

**9.** El no darle efectos generales a las declaraciones de inconstitucionalidad permite la afectación de una ley a toda la población, en este supuesto se propone la derogación de dicho principio que rige el juicio de amparo y, en su caso, el análisis de la inconstitucionalidad de las leyes no debería realizarse por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que no es el órgano idóneo para ello, debido a su forma de organización de dicha institución, está limitada su perspectiva para decidir en su integridad el alcance de una ley considerada inconstitucional, en su caso, esto sería materia de análisis del un verdadero tribunal constitucional.

**10.** La actividad de interpretación es inherente a todos los actos de aprendizaje y comprensión de los objetos del mundo para asignarles significación en conceptos. Es decir, se interpreta todo lo que se percibe del mundo externo para asignarle un significado, con independencia de si resultan o no problemáticas las situaciones y no sólo ante la presencia de textos oscuros; sino para realizar representaciones mentales del mundo externo.

Es por ello que la interpretación de las normas jurídicas es una actividad que el operador jurídico realizará en todo momento, sean o no controvertidas éstas. En este sentido, tal actividad es un elemento creador de Derecho; por lo que, el juzgador debe analizar las técnicas de interpretación que emplea, para no generar incertidumbre en los fallos judiciales de amparo.

**11.** La interpretación de suyo es problemática, porque en cada caso que se dilucida la atribución de significado, el intérprete realiza un discernimiento de los objetos y conceptos, asignando un valor a las palabras, y dicha asignación viene

inmersa de toda la carga de valores y conocimientos que el juzgador tiene y, que no puede desprenderse de ella.

En este aspecto podemos sostener, que la claridad y oscuridad de un texto sólo vienen dada como producto de la interpretación, ya que de <suyo el texto no es claro ni oscuro>, sino sólo como resultado de lo que los demás interpretan y entienden del contenido del mismo. En esos términos, si la claridad u oscuridad de lo que se entiende en un texto, es dada por un consenso de intérpretes que califiquen el texto; resultaría de gran valía que para que se esté en posibilidad de lograr una decisión de interpretación de consenso, nos auxiliemos de la *"razón comunicativa"*.

**12.** En la elaboración de la hipótesis jurídica de solución, el operador jurídico debe tener presente que ya está superada la posición que defiende al silogismo jurídico como el método adecuado para la solución de las controversias judiciales, pues para éste hay una dificultad para seleccionar adecuadamente la premisa mayor, aunado a las contradicciones, lagunas, antinomias e interpretaciones jurisprudenciales; asimismo, la norma jurídica tiene un lenguaje incorrecto o problemático, derivado de una deficiente técnica legislativa, entre otros conflictos. Se tiene que abandonar la solución de los juicios en la sola subsunción de la norma al caso concreto, pues en la elaboración de la hipótesis jurídica requiere un trabajo de interpretación más laborioso, en el cual el juzgador tendrá que interpretar diversos hechos, normas y fuentes del Derecho, para la solución de los conflictos jurídicos.

**13.** La Teoría Cognitiva de la Interpretación no tiene fundamentos para sostenerse y, paradójicamente, es frecuentemente empleada por el Poder Judicial de la Federación de México; toda vez que pretende extraer un significado objetivo del texto legal o la intención subjetiva de sus autores, para comprobar la veracidad o falsedad del objeto de la interpretación.

---

No obstante que bajo esta teoría se pretende que no haya espacio para la discrecionalidad judicial, lo cierto es, que si se considera que por la interpretación se extrae una verdad intrínseca de la norma jurídica o la intención del legislador, esto genera que el juzgador al momento de interpretar tenga un amplio margen para argumentar su verdad, la realidad que según él obra en constancias, la verdad que se extrae de las pruebas; esto, porque no puede desprenderse de la carga de valor de los "*principios*" que tiene en todo momento.

Entonces conociendo esto, deberá buscar otro tipo de técnicas de la interpretación, que consciente de estos aspectos, le permitan reducir su discrecionalidad y los elementos arbitrarios al momento de resolver.

**14.** La Teoría Escéptica de la Interpretación, es más acorde con la problemática a la que se enfrentan los juzgadores, porque al momento de realizar la interpretación, éstos se enfrentan necesariamente al problema de solucionar el conflicto que se somete a su consideración, dentro del cual están inmersos los diferentes elementos que las partes les exponen; las pruebas que ofrecen; los intereses en colisión; la incertidumbre de los hechos que ellos no conocen, sino sólo a través de lo que los litigantes le muestran; los derechos en juego, las inconsistencias y errores propios del ordenamiento jurídico; las presiones sociales; la exigencia de racionalidad en la decisión; la creación del Derecho mismo; lo que ellos con base en sus "*principios*" creen que debe prevalecer.

Todo ello provoca que busquen la forma de justificar su decisión a toda costa, sin importar si es conforme a una realidad social, perdiéndose del objetivo primordial, la consistencia de las decisiones, la coherencia de lo que se les expone con lo que resuelven; pero la contingencia del sistema mismo al que se ven enfrentados a trabajar y de la cual son parte, no debe ser impedimento para la búsqueda de elementos que hagan, por lo menos, que se aproximen lo más posible a una racionalidad que logre evidenciar todo aquello que les resulta problemático, para obligar al sistema mismo a buscar soluciones, y que en última

instancia se reduzca la incertidumbre en la que se ven obligados a resolver y la contingencia de su decisión arroje los mínimos de respuestas correctas posibles.

**15.** La técnica de la interpretación analógica no es la más adecuada, pues los conflictos jurídicos no siempre ni en todos los casos presentan las mismas circunstancias. Por ello, el uso frecuente que realizan los juzgadores de jurisprudencias por analogía de razón para la resolución de los asuntos sometidos a su consideración, es inadecuada, porque las controversias jurídicas siempre tienen elementos que las hacen diferentes entre ellas, y requieren un estudio individual y no sólo la búsqueda de precedentes judiciales en los que el juzgador encuentre una salida fácil para la resolución del asunto; sino por el contrario, se debe dedicar una labor de investigación más exhaustiva a la solución de los juicios. Con ello se contribuiría a la realización de los requisitos constitucionales de fundamentación y motivación de las sentencias.

**16.** El primer paso para entender los conflictos que se suscitan en el Derecho, es tener presente lo postulado por la Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann, la cual asevera que la disciplina jurídica constituye un sistema autopoietico y autodiferenciador, esto se concibe bajo la idea de que el Derecho determina qué conceptos son conformes a él y al mismo tiempo dispone cuales son aquellos que no lo integran, haciendo esta distinción es como funciona la ciencia jurídica.

El problema en esta distinción es que todo aquello que el Derecho no incluye, lo observa y lo estudia fuera de su racionalidad, y es en este sentido, que todo lo que es excluido lingüísticamente, no es resuelto por la ciencia jurídica, quedando inertes todos aquellos aspectos, que siendo también parte de los conflictos sociales, son excluidos del campo de solución; y es precisamente en el campo de la exclusión en donde queda subyacente la problemática no resuelta.



---

La propuesta es que el juzgador, consciente de cómo efectivamente funciona el "*sistema derecho*" en el que actúa, comprenda los elementos que contribuyen a la "autopoiesis o *autoreferencia*" del sistema y, en una visión renovadora se inscriba en la búsqueda constante de integrar el Derecho, en una realidad de inclusión en la que los conflictos jurídicos sometidos a su jurisdicción se resuelvan con miras a realizar una corrección material de las inconsistencias, detección de incongruencias y absurdos, para construir un Derecho más acorde con la realidad de las partes en disputa.

Esta es la facticidad en la que en el caso de las soluciones dadas en las sentencias de amparo, no sólo atiendan a la justificación que proporciona la ciencia jurídica, sino que de respuestas íntegras con la realidad de las partes en conflicto, en una concordancia de solución jurídica que tenga efectiva correspondencia con el mundo de lo concreto en el que se encuentra el problema jurídico de un juicio y no sólo se dé una solución lingüística.

Que el juzgador, consciente del sistema en el que trabaja, tenga una línea de pensamiento en la cual, por lo menos, epistemológica y metodológicamente, tenga elementos que le permitan tener un proceso de construcción de su decisión, que le evidencien la limitación de la racionalidad del "*sistema derecho*" y le proporcionen un camino a seguir, en el que pueda llegar a una solución, que si bien, siempre será tomada en condiciones de incertidumbre, afecte lo menos posible los derechos de las personas que están sometidas a su jurisdicción en razón del conflicto.

**17.** Todo lo que el Derecho no legisla ni contempla en su codificación, no existe lingüísticamente para él; lo excluido, sólo permanecerá como elemento irritante en el mundo de lo concreto, marginado de la legalidad y juridicidad del sistema y de las instituciones. Lo que no existe es ignorado y no es objeto de protección del Derecho.

En concreto en la labor jurisdiccional, el juzgador no puede permitirse pensar en términos bivalentes, como el Derecho lo hace, porque el mundo de lo concreto no opera de esa manera. Contrario a esto, el juzgador debe de reflexionar que el mundo de lo concreto se gesta en una variedad de valoraciones no absolutas, que construyen a su vez otras realidades, tejiendo tantas realidades como variaciones se permitan. Ante la complejidad del mundo, el juez tendría que tener una visión de éste en perspectiva, y no sólo en términos de legalidad/no legalidad.

El hecho de que el juzgador tenga conciencia y conocimiento profundo de qué es y cómo funciona el "*sistema derecho*" y a su vez, realice una reflexión epistemológica y filosófica de todas sus implicaciones, le proporcionará una visión del mundo en términos de construcción de racionalidades y realidades acordes al mundo de lo concreto, y no sólo de adscripción a valores ya dados, que sólo son orientaciones a reconstrucciones sistémicas; que únicamente atienden a la recursividad del sistema; que no construyen, sino exclusivamente reutilizan conceptos dados en la codificación binaria, para no enfrentarse a la complejidad que significa el mundo de lo concreto.

Complejidad que se traduce en el hecho de pensar de manera diferente, en términos de apertura a todas las racionalidades, realidades, enfrentamientos a todas aquellas situaciones negadas e inexistentes para el Derecho y para la sociedad.

En la construcción de valores en mira de todo lo excluido; creación de procesos de integración de lo ignorado, de la nada jurídica, todo lo que está en el substrato social y refleja lo que verdaderamente es y no encuentra identidad jurídica ni protección por parte de las instituciones, que sólo vive y pervive en la periferia como una realidad paralela, que no se encuadra dentro del proceso idealizador de <<expectativas normativas de comportamiento>> a través del cual, el Derecho asegura su permanencia y funcionamiento.

**18.** La racionalidad jurídica no debe pretender extender su significación a todos los ámbitos sociales, porque al no existir las verdades absolutas, no sería lógico aplicar la racionalidad de un sistema a todos los demás; ya que todos obedecen a diferentes codificaciones y distinciones propias de las operaciones con las cuales se reproducen. Máxime, cuando ya hemos mostrado la deficiencia de la codificación del Derecho, que sólo es capaz de pensar y entender el mundo en términos de conforme a Derecho/no conforme a Derecho.

El tipo de interpretación que sólo es capaz de observar el conflicto dentro del Derecho y en miras a la reconstrucción del mismo, dejando de lado todos aquellos aspectos que son los que verdaderamente tiene que resolver la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, y que se encuentran no sólo en el ámbito jurídico, sino provienen y tendrán impacto en el mundo de lo concreto, logran como resultado abstracciones lingüísticas, que sólo permanecen ahí, en la recursividad de la ciencia jurídica, quedando insuficientemente aplicada a la realidad interpretada. Esto debido a una falta de visión con amplitud y profundidad, respecto de los efectos que la interpretación de la ley provoca en los derechos de las personas, y no sólo como una herramienta de justificación de decisiones que se quedan en el sistema, porque visto de esta manera, resulta más incierto el acto de interpretar, que la ley misma.

El intérprete en la actividad jurisdiccional, debe advertir que no sólo está interpretando el Derecho ni atiende exclusivamente a la resolución de expedientes, valoración de pruebas, interpretación de leyes. Su función implica más actos, porque no sólo se juzgan actuaciones procesales, lo que está dilucidando son los derechos, obligaciones y bienes de personas, que al margen de que ganen o pierdan un proceso legalmente, hay una transformación material de los bienes en juego -entendiendo bienes no sólo en el sentido pecuniario-.

Es precisamente resolviendo un litigio, inscrito en la visión de la afectación del derecho de las partes, que el juez tiene que integrar todos los elementos que le son dados, resolviendo en totalidad todo aquello que es sometido a su consideración, porque la racionalidad jurídica, o mejor dicho la racionalidad judicial, al afectar el mundo de lo concreto, debe ampliar su enfoque a todo aquello que es parte del Derecho, pero también debe tener en cuenta la multiplicidad de racionalidades de los demás sistemas y, finalmente, del entorno que es la sociedad.

**19.** El juzgador constitucional debe ser consciente de la verdadera función de la norma, que es otorgar <<expectativas generalizadas de comportamiento>>, que trabajan sobre la idealización de que efectivamente serán aplicadas.

Bajo la codificación conforme a Derecho/no conforme a Derecho, el juzgador tiene que reducir la contingencia en su aplicación; es decir, a sabiendas de las limitaciones propias del Derecho y de las operaciones que emplea para funcionar, tales como, las normas jurídicas, y que sólo trabajan en un código bivalente, el juez tiene que limitar el número de respuestas posibles.

Las soluciones jurídicas deben ser producto de un proceso de toma de decisiones que tenga en cuenta la perspectiva de la argumentación jurídica desde la teoría que explica como funciona el Derecho, para que conociendo los obstáculos a superar dentro del mismo, con una visión integradora de las racionalidades de otros sistemas, logre decisiones de consenso, que aspiren a reconciliar las diferencias propias de cada sistema y del entorno o, por lo menos, reducir en la aplicación del Derecho, la tensión entre lo hipotético de la norma; la incertidumbre en la que resuelve; lo subjetivo del proceso mismo de conocer e interpretar la norma jurídica; los hechos, con el enfrentamiento de la realidad concreta, que es finalmente donde todo el proceso jurisdiccional impactará.

**20.** El problema de la justicia es que al concebirse como un principio capaz de verificarse en una escala de valores socialmente estatuidos, la distinción a partir de la cual se crea el concepto es puramente subjetiva; ya que los no valores que distinguirán de los valores, no pueden tomarse como absolutos en el espacio ni en el tiempo de la concepción que del mundo de lo concreto se tenga, sólo lingüísticamente existen esos valores, pero no son ni deben ser verdades absolutas. Ya que se presenta la problemática, de cuál ente o autoridad moral dispondrá cuál es la unidad del código a partir de la cual se distinguirá lo que es valor/no valor, y más aún, determinar qué es justicia/no justicia; con referencia a qué tipo de condiciones del mundo de lo concreto, cuando éste es producto de una universalidad de realidades.

El Derecho utiliza el término justicia como una valoración, cuya referencia es distinguida con base en lo que un grupo o grupos en el poder, o ideología dominante en una sociedad, dictan acerca de lo que a sus intereses debe ser el código valor/no valor igual a justicia, a partir del cual será distinguida una situación, norma jurídica, comportamiento, etcétera, si se ajusta o no tal codificación arbitraria.

Esta es precisamente, la gran problemática del pensamiento en términos de escala de valores socialmente estatuidos, porque de suyo la unidad del código no puede observarse por el intérprete, sino desde fuera del sistema. Entonces, quien dicte la unidad de la distinción, lo hace dentro del "*sistema derecho*" y, en términos de decisión ajustada a intereses dentro de ese sistema o de otro, porque aunque quisiera asignar la escala de valores en perspectiva de inclusión de todas las realidades, el mundo de lo concreto es altamente contingente y complejo.

Por ello, es necesario prescindir de este tipo de semánticas, que sólo conducen al engaño en aras de una idealización más que lingüística, inexistente; porque si bien es cierto, la norma jurídica es una idealización, en algún punto toma algo de lo que existe en el mundo de lo concreto para la elaboración de sus

expectativas. En cambio, la idealización que constituye la justicia, es una construcción lingüística cimentada sobre valores subjetivos que no tiene referencia a la realidad concreta, sólo refiere a la construcción de la realidad del ente político o institución que dicta la escala de valores, lo cual permite que su uso sea engañoso.

En la línea de argumentación expuesta, en todo caso, si se tiene que hablar de semánticas, tales como, la justicia, éstas deben integradas a las decisiones judiciales en la forma de aspiración a lograr consistencia, entendiendo la misma como el hecho de que, a casos iguales, respuestas iguales. En esta concepción la justicia sale del campo de la Moral y se inscribe en una técnica utilitarista para la aplicación del Derecho.

Así, el juzgador al resolver una sentencia, lo hace tomando en consideración ciertos elementos que son constantes en la construcción del proceso, que llevan a la toma de la decisión, en cuyo caso, cuando resuelva otros casos que presenten las mismas constantes en el proceso y demás aspectos sustantivos y adjetivos, aplicará la misma racionalidad jurídica, para dar consistencia y regularidad a las decisiones jurisdiccionales.

Es decir, que si dos o más asuntos que resuelva, presentaren las mismas o similares características sustanciales, podrá tomar y aplicar la misma decisión, y con ello, dar la certeza de que hay una permanencia en el criterio con el que resuelve, esto es, a lo que el Derecho llama certeza jurídica.

**21.** El juzgador consciente de cómo opera el "*sistema derecho*", puede cambiar la racionalidad jurídica, si no de toda la institución a la que pertenece, sí al menos de su juzgado o el magistrado de su ponencia en el tribunal. Se debe buscar el cambio de la paradoja, ya que no pueden negarse a resolver, y además, tiene que hacerlo en condiciones de incertidumbre. Entonces, que realicen su función, pero no bajo las operaciones recursivas del aparato estatal, sino bajo la

---

construcción de una realidad con visión integradora de perspectivas de posibilidad para la acción, y no sólo inscritos en la cómoda racionalidad jurídica dada por el "*sistema derecho*".

En este contexto, el juzgador tiene que construir la solución, es aquí donde interpreta y tiene la posibilidad de edificar una racionalidad jurídica diferente a la que la ha sido dada por el sistema, esta es su oportunidad de aplicar su visión integradora de realidades excluidas, lo que le proporcionará ver más allá del Derecho, y por ende, de sus limitaciones. Está ante la posibilidad de reivindicar su posición en la jerarquía de poder, no imponiéndose, sino coadyuvando a la sociedad, y no sólo al sistema al que pertenece. La resistencia, la transformación positiva del mundo, éste debe ser el verdadero papel de los juzgadores.

**22.** La argumentación jurídica juega un papel toral en la justificación de los fallos judiciales, esta herramienta intenta mostrar que el proceso de toma de decisión del juez es racional y, justificar al menos lingüísticamente, porque la decisión judicial es la correcta; pero no se explica la afectación jurídica que finalmente recienten las partes en un litigio. Ante las características de dicha disciplina, es cuestionable su función, máxime después de efectuado un análisis de cómo efectivamente funciona el Derecho, desde la perspectiva de la Teoría de Sistemas de Luhmann.

En este sentido, es dable concluir que la argumentación jurídica se evidencia como una disciplina que serviría para justificar dos decisiones contrarias, intentando convencer que la racionalidad contenida en cualquiera de ellas es la correcta, pero no justifica por qué ante la contingencia del sistema mismo es posible que la problemática tuviera más de dos respuestas plausibles y por qué el juez eligió una de ella considerándola como la "verdad legal".

Un problema más que la argumentación presenta lo es, como lo señala Luhmann, que al igual que el "*sistema derecho*", despliega para su funcionamiento

una paradoja difícil de detectar: razón/no razón; en este sentido, no se puede saber cual de las dos premisas es la correcta, ya que desde la no razón -que es el pensamiento excluido del juicio del juzgador- hay un valor de reflexión, que permite la formación de la razón a partir de todo lo excluido; es decir, de todos los contenidos de la no razón, porque en la unidad de la distinción para formar su concepción de racionalidad se necesita de todo lo que no es racional, para que distinguiendo, a partir de lo que no se incluye en un concepto, se pueda decir que, sí es lo racional.

Entonces, la razón/no razón permiten observar la paradoja de la argumentación y su eficiencia para dar consistencia lingüística a las decisiones jurídicas, pero a la vez su deficiencia para acercar al juzgador a reducir la contingencia de la decisión en un mundo del lenguaje que le permite y le proporciona las herramientas para justificar dos decisiones contrarias, sin decir por qué eligió una como la correcta para resolver una problemática.

En este aspecto, la argumentación nos sirve para justificar todo tipo de decisiones, pero no para acercar el mundo de lo concreto al mundo del lenguaje, en el que haya una correspondencia de los hechos acaecidos en uno y la interpretación de mismos en el otro y, que no logramos reconciliar dos universos paralelos en los necesariamente tiene que trabajar el juzgador.

Si bien, la argumentación jurídica parecía haber dado un paso adelante en la justificación racional de las decisiones judiciales, ahora observamos, que no hace más que disfrazar las verdaderas razones subyacentes en una sentencia, las cuales son ocultadas a través de ella, porque matiza cualquier tipo de decisión. Esta es precisamente su insuficiencia para dar certeza jurídica a los gobernados, ya que ante la multiplicidad de tribunales en el país, cada uno obedece a un proceso diferente de formación de su decisión y, la argumentación, les proporciona la herramienta ideal para dar consistencia a sus determinaciones.



---

Desenmascarándola de consistencia lingüística, desproveyéndola de los argumentos adecuados para cada proceso de toma de decisión, nos enfrentamos a criterios distintos, inconsistentes. Por lo que, lo que en última instancia queda es la decisión en sí misma, el dictado del Derecho, es en esto, en lo que debemos centrar nuestra atención, en el acto de decisión, para llegar a él tendríamos que centrar el análisis en el proceso seguido para la toma de decisiones por parte de los tribunales y no sólo fijar el estudio en las herramientas y técnicas de la argumentación para mejorar el desempeño judicial.

En las relatadas condiciones, es necesario hacer una reformulación de la función de la argumentación jurídica para efectos de la justificación de las decisiones judiciales en los fallos de amparo. En una suerte de cambio de metodología, que no oculte la exclusión de la no razón, sino que la integre a la razón que tomó en cuenta el juzgador, para resolver en el modo en que lo hizo.

El juez en su sentencia debe tener conciencia de que la justificación de que imprima al asunto no está integrada exclusivamente por la razón, ya que esta última es un binomio formado por ella misma y por su contrario: la no razón; que necesita de lo excluido para formarse y que se justifica como respuesta seleccionada en un conflicto y, como elección viable de entre otras posibilidades de acción para el juzgador, por el hecho de que integra su paradoja misma, para fundamentarse como opción asequible para reducir la contingencia en el proceso de toma de decisiones.

Así se dará un giro a la racionalidad judicial dominante, mediante un proceso que integre lo excluido, para explicar por qué tales o cuales elementos son plausibles para arrojar ciertas conclusiones en el ánimo del juzgador y, al mismo tiempo, evidenciar y explicar por qué otros elementos no son los idóneos para tener una decisión conforme con los hechos acaecidos en el mundo de lo concreto.

**23.** La redundancia como característica del "*sistema derecho*" posibilita a los tribunales jurisdiccionales la fatalidad de resolver todas las problemáticas en el empleo de las informaciones dadas y, al mismo tiempo, considerar que todo tipo de decisiones que tomen, son correctas, porque están formuladas dentro del "*sistema derecho*" y con las informaciones propias del mismo.

Es en atención a esto, que la función jurisdiccional debe afrontar la responsabilidad de las decisiones que son tomadas en las sentencias de amparo y no ocultar la responsabilidad de sus decisiones en la recursividad, si es que se aspira a la construcción de una racionalidad judicial que atienda a la realidad del mundo de lo concreto donde se generan los conflictos jurídicos y, no sólo a la verdad legal inscrita exclusivamente a niveles de lenguaje.

**24.** La Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann y su aplicación al juicio de amparo en México, permitió profundizar en el análisis del funcionamiento del Derecho, de acuerdo a la visión del autor en cita, lo cual proporcionó un entendimiento de los conflictos que se suscitan en la ciencia jurídica, y en concreto todos aquellos problemas en la aplicación de las normas jurídicas a las resoluciones judiciales.

Asimismo, se eligió el estudio de la Teoría de los Derechos en Serio de Ronald Dworkin, porque el Poder Judicial de la Federación frecuentemente emplea los "*principios*" para justificar sus determinaciones y en uso de herramientas propias de la argumentación jurídica resuelve los conflictos jurídicos con dichos "*principios*", pero no justifica las razones por las cuales los implementa.

En este contexto, la Teoría de los Derechos en Serio, realiza una reflexión profunda del tratamiento que proporciona a los "*principios*" como elementos plausibles de justificación de las decisiones judiciales; por ello, se hizo necesario el análisis de las formas en que dicha teoría plantea la problemática jurídica y la solución que al efecto proporciona; pretendiendo deliberar a profundidad el tópico

de los "*principios*" para considerar lo viable de su aplicación en la solución de los conflictos jurídicos en las sentencias de amparo. Tal razón justificó el estudio de dicha teoría.

**25.** La inconveniencia del empleo de los "*principios*" es que al cimentarse sobre bases éticas y morales, discuten los conflictos desde una perspectiva subjetiva, porque si de suyo, ya es problemático el hecho de que el "*sistema derecho*" observe el mundo bajo el binomio conforme a Derecho/no conforme a Derecho, ahora bajo una perspectiva iusnaturalista, que apela a una racionalidad única, natural y superior, no permite que se integren otro tipo de realidades pertenecientes al mundo de lo concreto, excluyendo todavía más todo aquello que no es conforme a la racionalidad de los "*principios*", que se sostienen sobre lo bueno y lo malo, de los valores.

El problema radica en determinar en primera instancia: los valores pertenecientes a quién, bajo qué visión del mundo tenemos que trabajar; que por el momento nos baste con el contenido deóntico que tiene el Derecho, ya que el mismo es complicado, como para añadirle como instrumento de decisión a la Moral.

**26.** Dworkin aduce al juicio moral contenido en el Derecho, como si este fuera un principio superior, universal, como característica propia del Derecho Natural; sin embargo, no observa cómo efectivamente funciona el Derecho; sino que hace descansar su teoría en un agente externo, que si se emplea a través de los "*principios*", salvará todas las incongruencias inherentes al sistema.

Apela a un absoluto, que si es obedecido y observado, se terminan las inconsistencias propias de la tensión entre el mundo de lo concreto y el mundo del lenguaje.

La Teoría de los Derechos en Serio, analiza al "*sistema derecho*", como un observador de primer orden, desde el interior del Derecho y, tal situación representa un obstáculo para la detección de errores, que den posibilidad a su corrección material.

Si tomamos en consideración que la valoración que se otorgue a los "*principios*" en cada país o región es diferente; entonces, ¿Cómo reconciliamos las diferencias ideológicas que necesariamente se trasladarán a los "*principios*"?. Esto nos permite concluir que la visión de Dworkin es local y altamente paternalista, propia del pensamiento norteamericano; ya que parte de la premisa de que existe un ente superior, que en conjunción con los derechos de los ciudadanos, debe subyacer ante las injusticias del gobierno, esos derechos que deben subsistir por el tiempo, que hacen que funcionen las relaciones sociales y que son terreno ganado ante las maquinaciones de un poder.

Sin embargo, lo que dicho autor no analiza es cómo funciona el Derecho, en donde la justicia es el otro lado de la injusticia; que los derechos individuales que defiende, necesitan de su continua transgresión para su supervivencia y construcción en el espacio tiempo.

No hay nada superior al gobierno, Estado o a los seres humanos que les dicte como deben comportarse, es un entramado de reproducción de condiciones de dominación, de poder en el que juegan países, gobierno y ciudadanos al mismo tiempo, sólo se da un cambio de estafeta en las condiciones de dominación.

El mundo de la vida, en la comunicación no puede ni debe entenderse en codificación binaria, la Teoría de los Derechos en Serio pretende ver al mundo en términos morales: bueno/malo, ¿Qué es lo bueno? ¿Qué es lo malo? ¿Y para quién?

---

No podemos dejar de subrayar la inaplicabilidad de la Teoría de los Derechos en Serio de Dworkin, en el caso de México y, en concreto del Poder Judicial de la Federación; esto debido a que la formación de jueces y magistrados sigue siendo bajo un sistema tutorial, ya sea a cargo de los ministros de la Corte o de los magistrados que forman jueces y secretarios, los cuales transmiten a sus subalternos su Moral, es decir, sus "*principios*", y es en este contexto bajo el que los futuros juzgadores constitucionales aprenden a resolver los conflictos jurídicos. "*Principios*" que no siempre, ni en todos los casos obedecen a valores democráticos o de justicia social, sino a intereses de poder.

**27.** Contrario a lo postulado por Dworkin, es menester decir que el juez siempre ejerce discrecionalidad en todos sus actos, porque es poco probable que existan leyes exactamente aplicables a los hechos, ya que ninguna norma se puede aplicar mecánicamente. Desde este punto de vista, el juez al momento de interpretar los hechos y las pruebas, ejerce cierta arbitrariedad, porque ello es inherente a su proceso de discernimiento del mundo de lo concreto. Debemos aseverar que debido al proceso de conocimiento, el juez no es imparcial, aunque la institución le afirme lo contrario.

**28.** El problema de la Teoría de la Justicia de Rawls, retomada por Dworkin, es que la basa sobre el contrato social, lo cual equivale a cimentarla en elementos tan endeble, porque si partimos del hecho de que el contrato social es una ficción, ya que: ¿Acaso, se le ha preguntado a los ciudadanos de un país si están de acuerdo en asociarse para fines comunes de "*bienestar y felicidad*"? Evidentemente no; entonces, se parte de una premisa falsa, del hecho de que los ciudadanos están de acuerdo en asociarse para crear la felicidad común.

En este sentido, la justicia sólo sería el consenso de unos pocos, generalmente de los que detentan el poder, acerca de lo que consideran "bueno" para la mayoría. El problema en ello, es que las construcciones que realicen tienen como precedente un sistema de dominación que al grupo que toma las

decisiones, le resulta conveniente mantener, por lo menos, lingüísticamente, para perpetuar dichas condiciones.

Así, en un discurso de poder arbitrario es más fácil usar canones como justicia, para que el resto de los ciudadanos se sienta incluido entre las realizaciones de los bienes del Estado; aunque este tipo de semánticas al confrontarse con la realidad concreta se desencantan en la nula concordancia a este tipo de construcciones.

**29.** La justificación del estudio de la Teoría de la Acción Comunicativa de Jürgen Habermas, se materializa en el hecho de que la misma nos permitió apreciar y analizar el Derecho y, en concreto, su aplicación por los órganos jurisdiccionales, desde la perspectiva del lenguaje. Analizándose la aplicación de la ciencia jurídica a la facticidad del mundo y la tensión que se genera entre lo que Habermas ha nombrado "*Facticidad y Validez*".

El estudio de esta teoría se efectuó con el objeto de que los elementos proporcionados por la "*acción comunicativa*" se apliquen a las sentencias judiciales de amparo, y ello coadyuve a la justificación de las decisiones en la labor jurisdiccional. Toda vez que el análisis del proceso de construcción lingüística es trascendental para dar el giro lingüístico, en la formación del entendimiento que generará consenso en los individuos que intervienen en la comunicación.

**30.** La Teoría de la Acción Comunicativa de Jürgen Habermas, nos permite apreciar y analizar el Derecho y, en concreto, su aplicación por los órganos jurisdiccionales, desde la perspectiva del lenguaje.

Así, cuando se aplica la ciencia jurídica a la facticidad del mundo se gesta una tensión entre la idea y la realidad, respecto de lo que está estructurado lingüísticamente.

En este sentido, la gran cantidad de idealizaciones que realizamos dentro del mundo se ven tensadas, sino es que colapsadas, cuando se ven confrontadas a la realidad concreta, porque el Derecho pretende idealizar el mundo de la vida intersubjetivamente compartido a través de las normas jurídicas, las cuales al aplicarse al mundo concreto, colapsan debido a las diferencias estructurales de cada sistema y, aún más, pretende dar validez a idealizaciones de formas de vida que no corresponden con la realidad que viven los participantes en la comunicación.

La forma en que está estructurado el lenguaje remite a formular representaciones, en las cuales ya no sólo se atiende a una representación universal en la forma como se entiende o se quiere entender el mundo, sino al intérprete de la situación de hecho, este intérprete del mundo, al momento de significarlo en la comunicación, le atribuye sus propias impresiones.

En ese sentido, con las representaciones que se extraen de los objetos, se formulan posteriores construcciones que dan paso a los pensamientos. Dentro de este tipo de construcciones, es que los hechos se transforman en la manera en que efectivamente pensamos el mundo concreto.

Para Habermas, la comprensión de este proceso de construcción lingüística del mundo, es dar un paso al giro lingüístico, no concebido ya sólo como la atribución de significado al mundo, sino como un proceso de formación del entendimiento del mismo, que se generaliza a través del consenso.

**31.** El consenso en la comunicación postulado por Habermas, es una herramienta que es plausible considerar como elemento que coadyuve a la labor jurisdiccional, si se toman en cuenta los diversos factores que llevarían a los interactuantes en la comunicación (jueces, magistrados, partes en conflicto), a

lograr un acuerdo en una suerte de entendimiento mutuo acerca de la interpretación del mundo. Siendo tales elementos, los siguientes:

**a)** Todos los participantes en la comunicación comparten el mismo mundo de la vida;

**b)** Pretenden que sus actos de habla sean válidos;

**c)** Tienen que hacer uso de diversas posturas para defender sus pretensiones de validez. En este aspecto es toral que adopten una "*actitud realizativa*" y no una "*actitud objetivante*", esto quiere decir, que estén dispuestos a ponerse en el lugar del otro, adoptando su postura como propia, para entenderla y criticarla. En cambio, la "*actitud objetivante*" es que el interlocutor sólo busque sus fines ilocucionarios, para hacer prevalecer sus asuntos, pretendiendo que sean los únicos válidos en la comunicación, sin que busque un consenso, sino sólo imponer sus posturas y ganar discusiones, sin dilucidar otras razones que las propias.

**d)** Los operadores jurídicos a través de la "*acción comunicativa*" estarán en condiciones de conseguir dos vías de acción: lograr un acuerdo o identificar los puntos de conflicto que provocan en disentimiento entre ellos.

En este aspecto, se debe propugnar por alcanzar, al menos, un acuerdo en los puntos en los que difieren de opinión y, con ello, ya habrán logrado un consenso en la comunicación.

A partir de ello, pueden reanudar nuevamente la comunicación y edificar sobre los elementos de disentimiento detectados, preparando nuevamente los argumentos que finalmente lleven a tomar una postura, en la cual puede darse el consenso en la comunicación.



De cualquier forma, definitivamente, el proceso de la construcción de la decisión a través de la discusión, ya habrá filtrado todas las motivaciones personales de los juzgadores federales, dejando únicamente lo trascendentalmente importante para resolver el caso en conflicto.

**e)** En el proceso de toma de decisiones, el juzgador somete a examen las pretensiones de validez de las partes en conflicto, las cuales concatenadas a la luz del análisis de las pruebas aportadas durante el procedimiento, integran la decisión con lo que preceptúa el Derecho.

En este proceso de formación de la decisión, el juez tiene que estudiar los elementos proporcionados por las partes en litigio, examinando si lo que pretenden soporta el escrutinio de la validez, en cuyo caso, aquellas pretensiones que intenten ser válidas tienen que confrontarse con sus refutaciones, así se contrapondrán razones en ambos casos.

Es decir, si la acción de una de las partes pretende prosperar o si las excepciones y defensas del demandado pretenden desvirtuar la acción, el juez debe estudiar si cada una de estas posturas soporta razones para desvirtuarlas.

**f)** Los hablantes deben de tomar en cuenta que todas sus pretensiones de validez son susceptibles de crítica -como lo postula la "*acción comunicativa*"- y, si se posicionan con un sí o con un no, ante los actos de habla de los demás, tendrán que justificar dicha toma de postura con razones y no con actos ilocucionarios que sólo revelen la pretensión de éxito de su actitud.

**32.** El juzgador previo a llegar a sus determinaciones, se mueve en el ámbito de dos mundos, el mundo de lo concreto y el mundo del lenguaje, estas dos realidades pertenecen a construcciones epistemológicas diferentes; toda vez que el primero de los mencionados obedece a la realidad ontológica y el mundo

del lenguaje es una construcción de la comunicación en la que los seres humanos se entienden en sus presuposiciones sobre algo en el mundo.

El mundo del lenguaje es construido a partir de la captación que los intérpretes realizan del mundo de lo concreto, lo transforman y, transmiten en formas lingüísticas; en este sentido, en dicha interpretación van inmersas las impresiones volitivas del sujeto que interpreta y transmite las informaciones.

Es precisamente dentro del mundo del lenguaje que el Derecho efectúa todas sus construcciones con pretensión de validez, respecto del mundo de lo concreto. La situación se complica, cuando en estas interpretaciones no hay correspondencia, entre los objetos observados, con su disposición o aplicación de la norma a un caso concreto, generándose así, una tensión entre ambos mundos.

**33.** Finalmente, debemos concluir que el estudio de la forma en que los seres humanos captamos y procesamos la información del mundo de lo concreto, es trascendental para la comprensión de la decodificación que de dichas informaciones realizan los operadores jurídicos. En este sentido, existe una necesidad de centrar el objetivo inicial de la epistemología, en los procesos de los sistemas biológicos de los organismos vivos, para determinar cómo conocen.

El proceso biológico inscrito en la forma en que los seres humanos captamos los objetos del mundo para decodificarlos y transmitirlos en informaciones, evidencia que los problemas de interpretación, si bien, se plantean en las construcciones lingüísticas, lo cierto es, que en gran medida se originan en el hecho de que es posible que el proceso biológico inherente a la forma de conocer el mundo sea diferente en cada individuo.

Si consideramos el hecho de que cada individuo realiza diferentes procesos de conocimiento; está implícito en ellos, la situación de que las variables biológicas y sociales impiden a los sujetos establecer procedimientos

---

epistemológicos iguales, respecto a la captación de los objetos del mundo de lo concreto.

Esto nos remite a pensar que en el caso de los juzgadores es igual, en estos términos, la imparcialidad sólo podrá entendida como una cualidad moral, pero no como un elemento que alcance el juzgador, dado que sus procesos cognoscitivos biológicos le impiden abstraerse de sus elementos volitivos inmersos en el proceso de captación de informaciones.

En el aserto apuntado es dable afirmar, que todo lo observado por el sujeto es una composición de preinterpretaciones de unidades de distinción, que el cerebro hace para seguir emprendiendo procesos de discernimiento; entrelazándose una cadena de distinciones que proporcionan al sujeto la posibilidad de seguir conociendo a partir de la distinción y, que sin embargo, en los nuevos procesos de conocimiento y aprendizaje, el sujeto no puede desligar los procesos previos, los cuales influyen en su juicio o discernimiento de los nuevos objetos conocidos.

Si al proceso biológico de cómo efectivamente se conocen los objetos del mundo de lo concreto y su consecuente construcción en conceptos en el mundo del lenguaje, le añadimos las cargas socioculturales de los sujetos, como elementos de mutuo influenciamiento entre el lenguaje y la construcción de la verdad jurídica, Ello nos arroja una explicación y comprensión de la forma en que los juzgadores realizan la interpretación y argumentación de sus sentencias en las que sólo justifican sus determinaciones a partir de construcciones lingüísticas.

En las relatadas condiciones parece plausible sostener, que el juzgador está indispuerto biológica y neurolingüísticamente para actuar imparcialmente y, esto, al momento de resolver es un gran problema, si tomamos en consideración que el análisis que efectúe de los hechos y la ponderación de las pruebas, será precedido por el proceso de discernimiento estudiado, el cual, está influenciado

por distinciones biológicas que su cerebro realiza a partir de preconstrucciones que predisponen la forma en que conoce.

Si el proceso biológico de conocimiento, naturalmente lleva a que los seres humanos captemos las informaciones de manera diferente, tendría que ser sobre la base de la comunicación, que se construyan puentes de unión acerca de las similitudes y divergencias del objeto observado; siendo que desde *"la discusión racionalmente motivada a coordinar las acciones"*, los participantes en la comunicación logren partir de la construcción conjunta de argumentos, para edificar decisiones, que si bien, parten de procesos de conocimiento diversos en cada sujeto, logran converger racionalmente a través de los procedimientos de comunicación y del diálogo.

Por último, no soslayo reiterar la importancia que reviste la adopción de la *"acción comunicativa"* en los procesos del discurso jurídico, ya que proporciona a los jueces constitucionales condiciones de diálogo acerca de las diferentes perspectivas que tienen de los objetos y conceptos del mundo. Es precisamente a través de los consensos y de la eliminación de formas de comunicación patológicas, que se estará en condiciones de lograr asentimientos acerca de las cuestiones problemáticas de la ciencia jurídica y, a partir de ello, construir decisiones jurídicas racionales.



**BIBLIOGRAFÍA**

- AARNIO, AULIS, "Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica", *Isonomia*, Distrito Federal, México, No. 1, octubre de 1994.
- \_\_\_\_\_, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, tr. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALCHOURRÓN, C. Y BULYGIN E., *Los límites de la Lógica y el razonamiento jurídico en análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 304, citado por PATIÑO ÁLVAREZ, AÍDA ARACELI, *Interpretación judicial. Antecedentes*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.
- ALEXY, ROBERT, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, España, No. 5, 1988.
- ALTMAN, A. <<Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin>>: *Philosophy and Public Affairs* (1986), pp. 202-235, citado por HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998.
- ARELLANO HOBELSBERGER, WALTER, "La seguridad jurídica en el actual sistema jurisprudencial mexicano", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Distrito Federal, México, No. 10, 2002.
- ARISTÓTELES, *Obras completas*, tomo IV, Argentina, Bibliográfica Omeba, Argentina, 1967.
- ASÍS ROIG, RAFAEL DE, "Modelos teóricos del Estado de Derecho", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, España, No. 22, 1999.
- \_\_\_\_\_, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- ATIENZA, MANUEL, *Las razones del Derecho*, México, Ariel, 2005.
- BÁEZ SILVA, CARLOS, "La motivación y la argumentación en las decisiones judiciales", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Distrito Federal, México, Consejo de la Judicatura Federal, 2002.
- \_\_\_\_\_, "Las decisiones judiciales: Entre la argumentación y la motivación", *Revista Académica*, Distrito Federal, México, Año II, No. 9, enero de 2005.

- BARATTA, ALESSANDRO, "Estado de Derecho, derechos fundamentales y Derecho Judicial", *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, Costa Rica, No. 57, mayo-agosto de 1987.
- BARRAGÁN, JULIA, "La decisión judicial y la información", *Isonomia*, Distrito Federal, México, No. 1, octubre de 1994.
- BATESON, GREGORY, en "Espíritu y Naturaleza", Amorrortu Editores, Buenos Aires, Argentina, 1993, citado por SÁNCHEZ SANDOVAL, AUGUSTO, "La epistemología en el mundo de lo concreto", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Distrito Federal, México, Vol. 4, No. 6, enero-junio 2008.
- BECCARIA, CESARE, *De los delitos y de las penas*, tr. Juan Antonio de las Casas, Madrid, Alianza Editorial, p. 31, citado por PATIÑO ÁLVAREZ, AÍDA ARACELI, *Interpretación judicial. Antecedentes*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.
- BEGNÉ GUERRA, CRISTINA, *Jueces y democracia en México*, Distrito Federal, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- BEINER, R., *Political Judgment*, Chicago, 1993. p. 138, citado por HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998.
- BETTI, EMILIO, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, tr. José Luis de los Mozos, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1975, pp. 43-50, citado por PATIÑO ÁLVAREZ, AÍDA ARACELI, *Interpretación judicial. Antecedentes*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.
- BOTASSI, CARLOS ALFREDO, "El incumplimiento de las sentencias contra el Estado como evidencia de la crisis del Estado de Derecho", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, Argentina, Año XXXIII, No. 53, marzo-diciembre de 1993.
- BRADFORD, KEENEY, , *Estética del Cambio*, Páidos, España 1994. En Magdalena Espinosa y Gómez en *Conciencia, Lenguaje y Derecho*" Tesis de doctorado. Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM, Diciembre 2006, pp. 127 y 130, citado por SÁNCHEZ SANDOVAL, AUGUSTO, "La epistemología en el mundo de lo concreto", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Distrito Federal, México, Vol. 4, No. 6, enero-junio 2008.
- BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, *Derecho Constitucional Mexicano*, Decimocuarta edición, México, ed. Porrúa, 2001.
- \_\_\_\_\_, *Las garantías individuales*, Trigésimocuarta edición, México, ed. Porrúa, 2002.

- CALSAMIGLIA, ALBERTO, prólogo a la obra *Los derechos en serio*, 5ª edición, trad. de Martha Guastavino, Barcelona, España, edición, Ariel, 2002.
- CARBONELL, MIGUEL (coord.), *Neoconstitucionalismo (s)*, México, Ed. Trotta, 2005, artículo de Ferrajoli, Luigi "Pasado y futuro del Estado de Derecho".
- CÁRDENAS MÉNDEZ, MARÍA ELENA, "Conceptos filosófico-políticos y Estado de Derecho en México", *Lecturas Guerrerenses*, Chilpancingo Guerrero, México, Año I, No. 4, marzo-abril de 1996.
- CASCAJO CASTRO, JOSÉ LUIS, "Consideraciones sobre el Estado de Derecho", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, España, Nos. 189-190, mayo-agosto de 1973.
- CASTRO, JUVENTINO, V. *Lecciones de garantía y amparo*, Decimosegunda edición, México, Porrúa, 2003.
- \_\_\_\_\_, *Garantías y amparo*, Decimosegunda edición, México, ed. Porrúa, 2002.
- CUÉLLAR VÁZQUEZ, ANGÉLICA, *La justicia sometida. Análisis sociológico de una sentencia*. México, Grupo editorial Miguel Ángel Porrúa, 2000.
- DARÍO RODRÍGUEZ, M., *Invitación a la sociología de Niklas Luhmann*, en Luhmann, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, 2ª edición, trad. de Javier Torres Nafarrate, México, Herder, 2005.
- DORANTES ORTIZ, JOSÉ ASCENSIÓN, "El poder del Derecho como control social", *Altamirano. Revista del H. Congreso del Estado de Guerrero*, Chilpancingo, Gro., México, Año 1, No. 3, noviembre-diciembre de 1997.
- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, 5ª edición., trad. de Martha Guastavino, Barcelona, España, edición, Ariel, 2002.
- ESSER, J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts Tübingen*, 1964, p. 182; Id., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Kronberg, 1972, citado por HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998.
- FASSÓ, GUIDO, *Historia de la Filosofía del Derecho*, trad. José F. Lorca Navarrete, t. III, Madrid, Pirámide, 1978, p. 282, 283, citado por PATIÑO ÁLVAREZ, AÍDA ARACELI, *Interpretación judicial. Antecedentes*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.



FIX FIERRO, HÉCTOR, "Estado de Derecho y reforma de la justicia en México", *Revista Mexicana de Procuración de Justicia*, Distrito Federal, México, Vol. I, No. 1, febrero de 1996.

FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, *Juicio de amparo*, México, ed. Porrúa, 1976.

\_\_\_\_\_, "La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación y el juicio de amparo mexicano", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Distrito Federal, México, No. 8, 2001.

GADAMER, HANS-GEORG, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, tr. Ana Agud Aparicio y Rafael Agapito de la, 4a. ed., Salamanca, Sígueme, 1988.

GALINDO MONROY, JORGE ANTONIO, "El juicio de amparo como control en el Estado de Derecho", *Anuario de Derecho Público*, Distrito Federal, México, No. 1, 1997.

GARCÍA DE ENTERRIA, EDUARDO, "Principio de legalidad. Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia de la constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, España, Año 4, No. 10, enero-abril de 1984.

GARCÍA-PELAYO, MANUEL, "Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, Venezuela, Año XXXVI, No. 82, 1991.

GARRIDO GÓMEZ, MARÍA ISABEL, "Creación judicial del Derecho y seguridad jurídica", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Valparaíso, Chile, No. 21, 2003.

GARZA GRIMALDO, JOSÉ GILBERTO, "Aspectos generales sobre el Estado de Derecho", *Lex. Difusión y Análisis*, Torreón, Coahuila, México, Tercera Época, Año IV, No. 31, enero de 1998.

GAXIOLA MORAILA, JORGE, "Problemas y teorías de la interpretación judicial", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Distrito Federal, México, No. 10, 2002.

GIORGI, RAFFAELE DE, "Referencia y obstáculo", traducción inédita de Sánchez Sandoval, Augusto. Profesor titular "C" de tiempo completo en el Posgrado en Derecho de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Universidad Nacional Autónoma de México.

\_\_\_\_\_, "Filosofía del Derecho y sistemas sociales", *Revista Cuadernos de Posgrado*, UNAM, Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán, No. 11, 1998.

GÓMEZ ISAZA, MARÍA CRISTINA, "El Estado Social de Derecho como directiva de interpretación constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPB*, Medellín, Colombia, No. 99, 1998.

GÓMEZ LARA, CIPRIANO, "El juicio mexicano de amparo y la organización judicial federal de México", *Revista Procesal*, Distrito Federal, México, Año 2, No. 4, 1973.

GÓNGORA PIMENTEL, GENARO DAVID, "El Estado de Derecho en México", *Lex*, Torreón, Coahuila, México, 3ª época, Año II, No. 15, septiembre de 1996.

\_\_\_\_\_, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, Octava edición, México, ed. Porrúa, 2001.

GUASTINI, RICCARDO, *Estudio sobre la interpretación jurídica*, traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Porrúa, 2004.

GÜNTHER, K., <<Universalistische Normbegründung und Normanwendung>>, en M. Herberger <<Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken>>, ARPS, Beiheft 45 (1991). p. 168, citado por HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998.

HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_, *Problemas de legitimación en el Capitalismo Tardío*, Buenos Aires, 1975, p. 135 citado por HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998.

KAYE, DIONISIO, "Consideraciones jurídicas sobre el Estado de Derecho en México", *Emprendedores*, México, Distrito Federal, No. 45, mayo-junio de 1997.

KELSEN, HANS, *Teoría Pura del derecho*, Décima edición, trad. de Eduardo García Maynez, México, ed. Porrúa, 1998.

KÜBLER, F., *Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie*, p. 51, citado por HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998.

LÓPEZ DE LA VIEJA, MARÍA TERESA, "Ética y modelo de los principios", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, España, No. 23, 2000.

- LÓPEZ Y CONDE, JAVIER, "Garantías individuales, algunas reflexiones", *Revista Jurídica, Nueva época*, Villahermosa, Tabasco, México, No. 8, diciembre, 1996.
- LUCAS VERDÚ, PABLO, "Estado de Derecho y justicia constitucional. Aspectos históricos, ideológicos y normativo-institucionales de su interrelación", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, España, 1983, No. 33, mayo-junio de 1983.
- LUHMANN, NIKLAS, *El Derecho de la sociedad*, 2ª edición, trad. de Javier Torres Nafarrate, México, Herder, 2005.
- \_\_\_\_\_, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt a. M., 1986, p. 33, citado por HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998.
- MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, VÍCTOR, "El Estado de Derecho. Su origen y evolución al Estado Social de Derecho", *Pemex Lex*, Distrito Federal, México, Nos. 91-92, enero-febrero de 1996.
- MATURANA, HUMBERTO Y VARELA, FRANCISCO, *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: La organización de lo vivo*, editorial Universitaria y Editorial Lumen, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- MAYA OBÉ, SALVADOR, Apuntes del diplomado en argumentación jurídica, impartido por la Academia Nacional de Argumentación y Epistemología (ANARGE), del 2 de enero al 15 de diciembre de 2008.
- MEIL-LANDWERLIN, GERARDO, "El Estado Social de Derecho Forsthoff y Abendroth dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas", *Revista de Estudios Políticos, Nueva época*, Madrid, España, No. 42, noviembre-diciembre de 1984.
- MICHELMAN, F., <<*Justification and the Justifiability of Law in a Contradictory World*>>: nomos, t. XVIII (1986), p. 76; cf. K. Günter, Hero-Politics in Mondern Legal Times, Institute for Legal Studies, Madison Lax School, Series 4, Madison, Wi., 1990, citado por HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998.
- MORALES AVILÉS, GREGORIO, "Estado de Derecho y seguridad", *Altamirano. Revista del H. Congreso del Estado de Guerrero*, Chilpancingo, Guerrero, México, Segunda época, Año 3, No. 14, febrero-marzo de 2000.
- MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS, "El Estado de Derecho Mexicano", *Crónica Legislativa*, Distrito Federal, México, Año V, nueva época, No. 8, abril-mayo de 1996.

- OVALLE FAVELA, JOSÉ, "La sentencia: estructura lógica y principios", *Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango*, Durango, Durango, México, Nos. 20-21, octubre-marzo, 1985.
- PARRA TAPIA DE MORALES, IVONNE, "Estado de Derecho, Poder Judicial y la protección de los derechos humanos", *Frónesis*, Maracaibo, Venezuela, Vol. 7, No. 1, abril de 2000.
- PÁSARA, LUIS, *Cómo sentencian los jueces del Distrito Federal en materia penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- PATIÑO ÁLVAREZ, AÍDA ARACELI, *Interpretación judicial. Antecedentes*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.
- PEIRCE, CH. S., *Collected Papers V*, Cambridge, Mass., 1966, p. 311 citado por HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998.
- PERELMAN, CH., *La Lógica y la nueva Retórica*, tr. Luis Díez-Picazo, España, Civitas, 1988.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE, "La seguridad jurídica: una garantía del Derecho y la justicia", *Boletín de la Facultad de Derecho*, Madrid, España, Segunda Epoca, 2000.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1993.
- RAIGOSA, LUIS, "Jueces, principios y reglas. Una visión pragmática", *Revista Mexicana de Derecho Público*, Distrito Federal, México, No. 2, octubre 2001.
- \_\_\_\_\_, "La ley del juez y el juicio del legislador", *Crónica Legislativa*, Distrito Federal, México, Tercera Época, No. 3, octubre de 1998.
- RECASÉNS SICHES, LUIS, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, México, Porrúa, 1973.
- ROMERO SOTO, LUIS E., "El principio de legalidad en el Estado Social de Derecho", *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, Colombia, Vol. XVI, No. 52, septiembre-diciembre de 1994.
- ROSS, ALF, *Teoría de las fuentes del Derecho. Una contribución a la Teoría del Derecho Positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, trad. Simón Muñoz de Baena y otros, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

SÁNCHEZ SANDOVAL, AUGUSTO, "La epistemología en el mundo de lo concreto", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Distrito Federal, México, Vol. 4, No. 6, enero-junio 2008.

\_\_\_\_\_, "La interpretación del Derecho", ponencia expuesta en el marco del Congreso Internacional "Problemas Contemporáneos de la Filosofía del Derecho", celebrado de la Universidad Nacional Autónoma de México, coordinadores doctor Enrique Cáceres Nieto, maestro Imer Flores, en el Auditorio Héctor Fix-Zamudio, del 7 al 11 de julio de 2003.

\_\_\_\_\_, *Sistemas ideológicos y control social*, México, 2005, UNAM.

SEGRESTE RÍOS, SERGIO, "Naturaleza jurídica y conceptualización de las garantías individuales", *Revista Jurídica de Posgrado*, Oaxaca de Juárez, Oaxaca, México, Año 2, Nos. 5-6, enero-junio de 1996.

SHRÖDRINGER, EDWIN, Espiritu y Materia, paráfrasis de Magdalena Espinosa y Gómez en "Conciencia, Lenguaje y Derecho". Tesis de doctorado. Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM, Diciembre 2006, p. 126, citado por SÁNCHEZ SANDOVAL, AUGUSTO, "La epistemología en el mundo de lo concreto", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Distrito Federal, México, Vol. 4, No. 6, enero-junio 2008.

SPENCER-BROWN, G. "*Laws or Form*". New York. Bentan, 1979, p V, citado por Bradford, Keeney, en "Estética del Cambio". Editorial Aguilar, España 1974, p 134 y en Espinosa y Gómez, Magdalena "Conciencia, Lenguaje y Derecho", tesis de grado de Doctora, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Universidad Nacional Autónoma de México, Diciembre de 2006, p 126, citado por SÁNCHEZ SANDOVAL, AUGUSTO, "La epistemología en el mundo de lo concreto", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Distrito Federal, México, Vol. 4, No. 6, enero-junio 2008.

STEINER, H. J., *Moral Argument and Social Vision*, Madison, Wisc., 1987, p. 92, citado por HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998.

TOCA GUTIÉRREZ, PATRICIA, "El juicio de amparo debería tener efectos generales", *La Barra. Revista de la Barra Mexicana*, Distrito Federal, México, No. 12, diciembre de 1996.

TOULMIN, ST., *The Uses of Argument*, Cambridge, 1964; St. Toulmin, R. Rieke, A. Janik, *An Introduction to Reasoning*, New York, 1979, citado por HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la Teoría del Discurso*, Cuarta edición, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, España, edición Trotta, 1998.

TRON PETIT, JEAN CLAUDE, "Algunas consideraciones sobre la sentencia en el juicio de amparo indirecto", *Revista Jurídica Veracruzana*, Xalapa de Enríquez, Veracruz, México, Tomo LXIV, No. 80, julio-septiembre de 1997.

VÁZQUEZ, RODOLFO, "Estado de Derecho y corrupción (compromisos para un universitario)", *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Distrito Federal, México, Año 20, No. 20, 1996.

\_\_\_\_\_, "El Estado de Derecho y su justificación", *Anuario de Derecho Público*, Distrito Federal, México, No. 1, 1997.

VEGA GÓMEZ, JUAN, "Los principios de Dworkin: Un análisis", *Concordancias*, Chilpancingo, Guerrero, México, Año 3, No. 5, 1998.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, ARTURO F., "Breves consideraciones sobre el juicio de amparo como control de la reformas constitucionales", *Anuario de Derecho Público*, Distrito Federal, México, No. 1, 1997.

### OBRA DE REFERENCIA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación: 4 de mayo de 2009. Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación, el lunes 5 de febrero de 1917.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, t. D-H, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

LEY DE AMPARO, REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación: 17 de abril de 2009, ley publicada en el Diario Oficial de la Federación, el viernes 10 de enero de 1936.

LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación: 15 de enero de 2009, ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el viernes 26 de mayo de 1995.

PALOMAR DE MIGUEL, JUAN, *Diccionario para juristas*, t. I, México, ed. Porrúa, 2000.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 21a. ed., Madrid, Editorial Espasa-Calpe, tomo II, 1992.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA, jurisprudencias y tesis aisladas junio 1917- junio 2008, ius ed. 2008, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.

\_\_\_\_\_, Tesis 2a. LXXXVI/99, Registro No. 193829, Novena Época, t. IX, junio de 1999.

\_\_\_\_\_, Tesis I.4o.A. J/33, Registro No. 180929, Novena Época, t. XX, agosto de 2004.

\_\_\_\_\_, Tesis P. IX/2007, Registro No. 172650, Novena Época, t. XXV, abril de 2007.

\_\_\_\_\_, Tesis I.4o.A.59 K, Registro No. 177342, Novena Época, t. XXII, septiembre de 2005.

\_\_\_\_\_, Tesis 2a./J. 123/2006, Registro No. 173950, Novena Época, t. XXIV, noviembre de 2006.

\_\_\_\_\_, Tesis: 1a./J.8/98, Registro No. 196637, Novena Época, t. VII, marzo de 1998,

\_\_\_\_\_, Tesis 166, apéndice al t. CXVIII, compilación 1917-1975, Quinta Época.