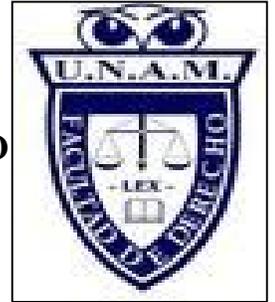




UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO



ARTESANOS DE CERTEZAS

Un modelo teórico sobre el discurso jurisprudencial

T E S I S

Que para obtener el grado de

DOCTOR EN DERECHO

p r e s e n t a:

GUILLERMO GABINO VÁZQUEZ ROBLES

Tutor: doctor Juan Antonio CRUZ PARCERO

CIUDAD UNIVERSITARIA

2012



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.

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO PRIMERO	
EL ENFOQUE DISCURSIVO DEL DERECHO	
A) EL DISCURSO JURÍDICO COMO PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	
1. Lenguaje y discurso	13
2. La dimensión pragmática del lenguaje	18
3. Retorno al discurso: las nociones clave	
3.1 Discurso y teoría del discurso	21
3.2 Principios que rigen al discurso	22
3.3 El discurso escrito	26
3.4 Categorías básicas del análisis del discurso	29
B) NUESTRO MODELO TEÓRICO SOBRE EL DISCURSO: SU ASIDERO EN LA TEORÍA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA	
1. Los modelos teóricos del discurso jurídico	33

2. El derecho como discurso: Robert Alexy	38
3. El derecho como argumentación: Manuel Atienza	56
4. Fundamentos de nuestro modelo teórico sobre el discurso jurídico	60

CAPÍTULO SEGUNDO

LA JURISPRUDENCIA EN EL ESTADO DE DERECHO

A) LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y EL PRECEDENTE JUDICIAL

1. Presentación	64
2. La función jurisdiccional	66
3. La “boca que pronuncia las palabras de la ley”	70
4. El juez en el Estado constitucional de derecho	78
5. Sobre la creación judicial de normas jurídicas generales	79
6. El ámbito del precedente	96

B) LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO

1. Sobre la noción de “fuente del derecho”	104
2. La jurisprudencia en México	109
3. Estudio de casos	
3.1 España	114
3.2 Estados Unidos	116
4. Retorno al precedente: reflexiones en torno a su fuerza obligatoria	120

CAPÍTULO TERCERO

LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. La justicia administrativa en el Estado de derecho	126
2. Surgimiento y competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal	130

B) LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL

1. Presentación	137
1.1 La primera época	143
1.2 La segunda época	147
1.3 La tercera época	150
1.4 La cuarta época	158
2. Delimitación del corpus, descripción de problemas y planteamiento de hipótesis	159

C) ESTUDIO DE CASOS

1. Presentación	163
2. Criterios sintácticos de evaluación de las tesis Jurisprudenciales	166
3. El rol normativo de la jurisprudencia	
3.1 Cuando la jurisprudencia se define a sí misma	167
3.2 El discurso sobre el discurso	168
3.3 El discurso contra el discurso	177
3.3.1 La jurisprudencia federal frente a los precedentes de la Sala Superior	178

3.3.2 El contraste entre la tesis jurisprudencial y sus precedentes internos y externos	182
3.3.3 El precedente contra el precedente	187
3.3.4 El precedente frente a la jurisprudencia de la Sala Superior	200
4. La materia del discurso: examen de la tipología jurisprudencial de los agravios en el recurso de apelación	
4.1 Descripción de la muestra de textos	204
4.2 Los textos a la luz de los principios del discurso	
4.2.1 Agravios estimables y desestimables	206
4.2.2 Agravios fundados e infundados	211
4.2.3 Agravios operantes e inoperantes	215
5. La analogía en el discurso jurisprudencial	
5.1 Notas sobre el razonamiento analógico	222
5.2 Muestra de textos	
5.2.1 Sobre la semejanza de relaciones	233
5.2.2 Sobre la creación de normas jurídicas nuevas	236
5.3 Las propuestas de declaración	239
5.4 Las órdenes de visita	245
5.5 La prescripción en el procedimiento contra servidores públicos	250

CAPÍTULO CUARTO

UN MODELO MIXTO DEL DISCURSO JURISPRUDENCIAL

A) FORMA Y MATERIA EN EL DISCURSO JURISPRUDENCIAL 259

**B) EL PRECEDENTE JUDICIAL COMO UNIDAD BÁSICA DE ANÁLISIS
DEL DISCURSO JURISPRUDENCIAL 266**

C) LOS PRINCIPIOS DEL DISCURSO JURISPRUDENCIAL 274

1. El principio de *stare decisis* 276
2. Los principios de justicia formal y de justicia material 282
3. El principio de relevancia 286

CONCLUSIONES 293

FUENTES DE INFORMACIÓN 296

ABREVIATURAS

AD	Análisis del discurso
DJ	Discurso jurídico
DJUR	Discurso jurisprudencial
GODF	Gaceta Oficial del Distrito Federal
PJF	Poder Judicial de la Federación
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
SJFG	Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
TCADF	Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal
TCC	Tribunales Colegiados de Circuito
TCE	Tribunal constitucional español

INTRODUCCIÓN

¿Por qué una investigación sobre el discurso jurídico? Ésta puede ser la pregunta inicial que cualquier lector de este trabajo podría formularse. Las investigaciones en torno a la relación entre el campo de la teoría del discurso y el de la teoría jurídica no son abundantes. Pese a que el Derecho se expresa a través del lenguaje, poco se ha escrito en torno al discurso jurídico. Ciertamente, destacan trabajos escritos en los años setenta y ochenta del siglo XX con acentos españoles y franceses. Sin embargo, no se está ante una línea de investigación que haya sido cultivada, sistemáticamente, por la dogmática. Este trabajo prosigue las investigaciones que alían las teorías del discurso, de la argumentación y la jurídica. Lo hacemos centrando el análisis en el examen de la *jurisprudencia*, entendida no sólo en términos de fuente del derecho positivo sino, particularmente, como una forma discursiva. Para ello, destacamos dos aspectos: por un lado, el precedente; por otro lado, la *ratio decidendi* o razón jurídica con carácter regulativo que orienta y distingue al precedente. La hipótesis básica que aquí se sostiene consiste en afirmar que el discurso jurisprudencial revela la intrínseca relación existente entre las dimensiones formal y material del Derecho, es decir la inevitable alianza entre lo normativo-procedimental-institucional y lo valorativo-moral. El objetivo general de este trabajo es ofrecer una explicación de cómo acontece tal vinculación y, más aún, proponer los rudimentos de una teoría del discurso jurisprudencial basada en principios.

Sustentamos la investigación en tres marcos teóricos. Se examina la teoría del discurso, con especial énfasis en los principios generales del discurso aplicables a los textos. Asimismo, se exponen las teorías de la argumentación jurídica, notoriamente los modelos de Robert Alexy y Manuel Atienza. El primero aporta los principios que guían al discurso práctico en general. El segundo resulta útil para entender cómo el Derecho es, medularmente, argumentación. Seguidamente, centramos el estudio en un clásico tema de la teoría jurídica, a saber las fuentes del derecho, deteniéndonos en la producción judicial de normas jurídicas generales.

Es importante destacar que realizamos un estudio empírico de la jurisprudencia, destacando la producida por la Sala Superior del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal. Consideramos fundamental el papel que desempeñan los tribunales de lo contencioso-administrativo no solamente por la resolución de controversias que enfrentan al ciudadano con la administración sino, sobre todo, por las aportaciones a la jurisprudencia. En la bibliografía mexicana existen pocas obras referidas al estudio de los tribunales de lo contencioso-

administrativo. Sin embargo, cuando se examina el tema de la jurisprudencia producida por tribunales que no pertenecen al Poder Judicial de la Federación advertimos la existencia de un campo prácticamente inexplorado por la dogmática. Es hora ya de ocuparse de la jurisprudencia generada por otros órganos que ejercen jurisdicción y, a partir de ella, evaluar los elementos que configuran una teoría del discurso jurisprudencial como la que aquí se propone.

En el **primer** capítulo se ubica al discurso como fenómeno lingüístico. Apuntamos que su estudio puede abordarse desde tres perspectivas: la filosofía del lenguaje, la pragmática y la teoría del discurso. Desde el campo de la lingüística esta investigación se ha centrado, notablemente, en las perspectivas pragmática y teórica del discurso. Por un lado, la pragmática se ocupa de examinar cómo se emplea el lenguaje en contextos específicos de enunciación. En el caso de esta tesis, nos interesamos en una modalidad de discurso jurídico escrito: el discurso jurisprudencial. Asimismo, en el primer capítulo sostenemos que es útil contar con principios teóricos del discurso ya que éstos reflejan la racionalidad en el acto de comunicar un discurso. Señalamos que nuestro modelo teórico del discurso jurídico está influido por el pensamiento de Robert Alexy (en especial, por lo contenido en su obra *Teoría de la argumentación jurídica*) y el de Manuel Atienza (particularmente, en *El derecho como argumentación*). Al optar por dichos modelos consideramos que el análisis del discurso jurídico puede partir de ciertos principios (Alexy), pero sin descuidar el examen de los usos efectivos que los hablantes hacen de él (Atienza). Tal elección implica, desde el ángulo de la teoría del discurso, la postulación de un *enfoque mixto* del discurso jurídico construido sobre las dimensiones empírica, analítica y normativa.

Una vez situado el discurso jurídico como un acontecimiento lingüístico particular, en el capítulo **segundo** centramos nuestra atención en la *jurisprudencia*. En el contexto mexicano la jurisprudencia es una fuente del derecho. Tal estatus es excepcional, si comparamos el sistema jurídico mexicano al de otros países, como España y Estados Unidos de Norteamérica. Si bien en dichas naciones las decisiones judiciales pueden llegar a integrar normas jurídicas generales (en particular, a la parte de ellas que constituye la *ratio decidendi*), éstas no son obligatorias porque así lo ordene una Constitución o una ley. A pesar de ello, existe una consciencia de su obligatoriedad. Más aún, se prefiere el término “precedente” al de “jurisprudencia”. Así, “jurisprudencia” suele asociarse a “ciencia jurídica” y no a una fuente del derecho como en México. Ahora bien, se hable de “jurisprudencia” o del “precedente” lo cierto es que a través de ellos puede ejercerse discrecionalidad. La discrecionalidad se encuentra acotada, en primer término, por el principio de legalidad, pero también por la razonabilidad. Aquí es donde aparece la argumentación en el discurso jurídico.

La observancia del precedente puede entenderse, conforme a lo señalado en el capítulo segundo, más allá de que así lo disponga una Constitución o una ley. Siguiendo a MacCormick, una teoría del discurso jurisprudencial puede describir la obligatoriedad del precedente desde un doble ángulo: ciertamente, atendiendo al lugar que ocupa el tribunal que lo emitió dentro de la jerarquía judicial, pero también desde la consideración de los argumentos o razones contenidos en la *ratio decidendi*. Esta perspectiva básica no excluye la posibilidad, insistimos, de que un determinado sistema jurídico reconozca la fuerza obligatoria de la jurisprudencia, tal y como ocurre en México, buscando garantizar la unidad de criterios. Sin embargo, se trata de hallar un fundamento de la obligatoriedad de la jurisprudencia independiente de lo que dispongan las leyes. En el fondo, la cuestión es determinar *porqué obliga el precedente; porqué las razones planteadas por ciertos jueces deben ser observadas por otros*. Ahora bien, si respondemos que obliga sólo porque tal tribunal lo ha emitido o bien porque siempre se ha decidido de una cierta manera, parecería incurrirse en una petición de principio: para justificar la fuerza normativa de la jurisprudencia apelamos a lo mismo que pretendemos justificar. Resulta indispensable, luego, ahondar en otro tipo de razones que expliquen la posición de la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes jurídicas. En nuestro concepto, el fundamento último de la obligación de seguir la jurisprudencia es moral.

Como lo afirmamos en el capítulo primero, el discurso está constituido por un conjunto de enunciados que se materializan, para efectos de su análisis, en el texto. En congruencia con nuestro enfoque mixto del discurso, el capítulo **tercero** sitúa el análisis del discurso jurisprudencial en un campo especializado: el de la jurisprudencia contencioso-administrativa del Distrito Federal. Una vez descritas las características del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, presentamos una muestra de tesis emitidas por la Sala Superior de dicho Tribunal entre los años de 1997 y 2008. Los criterios aducidos para su selección fueron los siguientes: la efectividad de los principios y reglas del discurso teórico en el campo de la jurisprudencia contencioso-administrativa; el empleo de formas argumentativas ligadas con la creación de normas jurídicas generales, notablemente el argumento analógico; la conexión entre las tesis federales y las del citado Tribunal. Los hallazgos empíricos encontrados, fruto del análisis de los textos seleccionados, abren sendas perspectivas analíticas en torno a una serie de interacciones discursivas que giran en torno a la idea de la *ratio decidendi* inserta en el precedente. Revelan, también, la urgente y constante necesidad que posee el Derecho de hallar la justificación apropiada para la toma de decisiones basadas en principios y reglas.

La investigación no resultaría completa si no se expusiese, en el capítulo cuarto, una propuesta teórica en torno a nuestra concepción del precedente desde el ángulo de los estudios sobre el discurso jurídico. Hemos designado a dicha propuesta “modelo mixto del discurso jurisprudencial.” La naturaleza mixta de dicho modelo se plantea desde la clásica dicotomía existente entre forma y materia, por un lado, y a la luz del papel que desempeña el precedente como la unidad conceptual básica del discurso jurisprudencial. Destacamos el peso que posee la *ratio decidendi* como núcleo regulativo del precedente. Asimismo, planteamos la existencia de una serie de principios que orientan el discurso jurisprudencial (de *stare decisis*, de justicia formal, de justicia material y de relevancia). Estos principios recuerdan, en alguna medida, el doble rostro del Derecho, anclado en las dimensiones normativa y valorativa. Finalmente, manifiestan cómo el Derecho, a través del discurso jurisprudencial, contribuye a la toma de decisiones justificadas racional y moralmente.

En el largo (y ciertamente aleccionador) proceso de redacción de esta investigación, debo agradecer a todos aquéllos que, atinada y contundentemente, aportaron valiosas observaciones para su mejora. En particular, destacan las observaciones formuladas por los miembros del sínodo de la candidatura al grado de doctor en Derecho, doctores Leticia Bonifaz Alfonso, Miguel Carbonell Sánchez, Juan Antonio Cruz Parceró, Imer Benjamín Flores Mendoza y Raymundo Gil Rendón. Asimismo, no podría soslayar las manifestadas por los siempre acuciosos integrantes del seminario de argumentación jurídica en el que participé como profesor y doctorando, coordinado por el doctor Juan Antonio Cruz Parceró, en el marco del proyecto de investigación PAPIIT IN405309. A todos ellos debo, indudablemente, la superación de numerosas deficiencias. Sin embargo, y al fin obra humana, el lector atento revelará pacientemente otras que, en su día, abrirán nuevos horizontes de debate. Sepan mis lectores (sobre todo mis necesarios críticos) que les anticipo mi agradecimiento: la ciencia nos une en la común tarea que, como juristas y *artesanos de certezas*, realiza cada uno desde nuestra trinchera.

Ciudad Universitaria, primavera de 2012

CAPÍTULO PRIMERO

EL ENFOQUE DISCURSIVO DEL DERECHO

A) EL DISCURSO JURÍDICO COMO PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1. Lenguaje y discurso

En México, quien se adentra en el estudio del discurso jurídico como fenómeno de investigación se enfrenta a un primer hecho que puede resultar desalentador. El concepto “discurso” es inusual en la dogmática jurídica tradicional. Cualquier muestra aleatoria de obras jurídicas nacionales revelaría este hecho. Por tanto, la primera dificultad que se advierte es legitimar el por qué elegir el enfoque discursivo para explicar el fenómeno jurídico. El segundo problema consiste en hallar una definición operativa de discurso jurídico (**en lo sucesivo, DJ**) que resulte eficaz en la identificación y explicación del DJ en general y en una de sus manifestaciones, el discurso jurisprudencial (**en adelante, DJUR**).

¿Por qué optar por un enfoque discursivo para pensar el fenómeno jurídico? ¿Acaso la realidad del derecho se agota en el discurso? ¿Existe alguna relación relevante entre lenguaje y discurso, discurso y derecho? En esta primera sección ubicamos al discurso en el ámbito de las disciplinas que le son afines, como la filosofía del lenguaje y la pragmática. Asimismo, exponemos las nociones básicas de teoría del discurso. Apoyándonos en ellas, proponemos un concepto de discurso lo suficientemente amplio que integre toda forma discursiva y lo suficientemente claro de modo que determine sus elementos básicos.

Nuestro interés por los estudios acerca del discurso posee un triple marco referencial: la filosofía del lenguaje, la pragmática y la teoría del discurso. La primera es una disciplina que aborda el examen de las relaciones entre “... el lenguaje y el mundo... lo lingüístico y lo extralingüístico, o entre el lenguaje y el pensamiento...” (ALCARÁZ VARÓ, 1997: 230) La segunda es la disciplina que examina los usos lingüísticos en sus contextos de producción así como los principios que orientan dichos usos. Finalmente, la teoría del discurso, ligada estrechamente a la pragmática (al lenguaje en acción) constituye una reflexión sistemática sobre los principios que gobiernan la interacción comunicativa con el fin de producir efectos en un destinatario. El discurso, entendido como conjunto de enunciados (en su forma verbal o escrita), se materializa en *el texto*. Cuando el texto se examina a la luz de sus condiciones de producción, es decir, del contexto que lo crea, analizamos el discurso que lo forma.

Plantearse qué es el discurso impone reflexionar sobre el fenómeno que subyace en él: *el lenguaje*. En una primera acepción, por tal suele entenderse la capacidad humana de comunicar a través de signos lingüísticos. El lenguaje constituye el objeto material de estudio de la lingüística, ciencia que surge en la modernidad.

El lenguaje se distingue del concepto de lengua. La lengua es un "... conjunto organizado de signos lingüísticos" presente en una sociedad en tanto que el lenguaje es el uso específico de dichos signos por un hablante (ABBAGNANO, 1987). Sin la facultad del lenguaje sería del todo imposible la lengua.

La filosofía del lenguaje se establece como una disciplina que se ocupa, entre otros problemas, del *significado*. Se interesa por "... la actividad verbal específica de los individuos cuando hablan y escriben. Los actos lingüísticos tienen significado y situarse en el núcleo de la disciplina consiste en saber cuál es el significado de esos actos, cómo los actos y los significados se relacionan entre sí, cuál es el significado lingüístico de las expresiones que ellos incluyen y en qué consisten esos significados" (*Idem*: 20).

El lenguaje es a la vez el objeto de estudio de la disciplina y el medio empleado para discurrir acerca de ella. La filosofía del lenguaje emplea categorías analíticas fundamentales como las de *hecho lingüístico*, *signo lingüístico*, *uso lingüístico* y *acto de habla*. Detengámonos a examinar sus características básicas.

Hecho lingüístico: consiste en un acontecimiento perceptible que involucra el uso del lenguaje como facultad humana. Así, el enunciado "El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos decreta..." constituye un hecho lingüístico existente en un contexto cuyo emisor persigue ciertos fines.

Signo lingüístico/signo verbal: asociación de una entidad psíquica y abstracta, denominada *concepto*, con una entidad física o material, denominada *imagen acústica*. Aristóteles llamó a la primera "nombre" y a la segunda el "designado". Debemos al lingüista Ferdinand de Saussure las nociones de *significado* y *significante*, refiriéndose al concepto y a la imagen acústica, respectivamente. El signo lingüístico es, en síntesis, la combinación de lo representado y la representación.

Ahora bien, ¿qué es un signo? Se trata de "...todo aquello, de carácter visual o auditivo, que representa o evoca otra cosa, algo distinto de sí mismo que represente un concepto o cosa, esto es, algo que tenga significado para un emisor y un receptor...Por ejemplo, las señales de tráfico, las palabras, la danza de las abejas, el humo..." (ALCARÁZ VARÓ,

1997: 521) De lo dicho se infiere que el signo lingüístico es una especie del género “signo”.

Una cualidad esencial del signo lingüístico es que resulta del convencionalismo social. Es decir:

La primera característica de nuestro léxico es que es un conjunto de signos lingüísticos o vocablos. Tales signos están relacionados convencionalmente con aquello de lo que son signos. Así, si ‘gato’ significa gato es porque se nos ha educado para usar esta palabra como un signo convencionalmente aceptado para representar lo que significa. Pero no sólo se quiere que el lenguaje, sus vocablos, represente otra cosa sino que se quiere que represente lo mismo para una misma comunidad lingüística o incluso para un hablante a lo largo del tiempo... Estos deseos están dirigidos a permitir que la capacidad representativa del lenguaje sirva para otro tipo de usos legítimos del lenguaje, como el de la comunicación. (FRAPOLLI & ROMERO, 1998: 37)

Asimismo, todo signo lingüístico es *significativo*, es decir, refiere un sentido atribuido por el hablante o una comunidad de hablantes. Conviene distinguir entre el significado literal o estático, y el significado discursivo o dinámico, el cual evoca el lenguaje en acción. Como refiere Alcaráz Varó (1997: 518), el significado discursivo “... se caracteriza como una fuente inacabable de sentidos... no es algo fijo o inamovible...”, pudiéndose describir a través de ciertos parámetros como el acto de habla, el significado proposicional, la implicación léxica, la presuposición social, etcétera.

Uso lingüístico: designa el empleo del lenguaje en contextos determinados. El uso se relaciona con el habla. La pragmática enfoca su atención en el análisis del uso lingüístico tal y como se produce en diversas situaciones de comunicación, con independencia de las reglas sintácticas que rijan a una lengua. Esta categoría evoca, en suma, el aspecto dinámico del lenguaje. En la doctrina del filósofo vienés Ludwig Wittgenstein, la categoría de uso lingüístico es capital. Constituye la llave de acceso al significado de las palabras, tal y como lo sostiene en el conocido fragmento número 43 de su obra *Investigaciones filosóficas*: “El significado de una palabra es su uso en el lenguaje”.

Acto de habla: “... emisión de un enunciado en un contexto dado para llevar a cabo los fines de la interacción comunicativa...” (ALCARÁZ VARÓ, 1997: 14) Esta noción nace en la filosofía inglesa con Austin y Searle. La categoría analítica resalta cómo, a través del uso lingüístico contextualizado, decimos cosas con palabras, pero además hacemos cosas con ellas y logramos que otros realicen ciertas conductas. En la doctrina existen tres tipos básicos (o “canónicos”) de actos de habla:

a. *Locucionarios/locutivos*: se refieren al hecho mismo de proferir una palabra o conjunto de palabras (enunciados). Así, “El acto locucionario/locutivo consiste en emitir un enunciado formado por oraciones aceptables gramaticalmente, es decir, oraciones significativas dentro de un sistema lingüístico, que aluden a un mundo o universo discursivo.” (*Idem*: 16)

b. *Ilocucionarios/ilocutivos*: resaltan los fines que el emisor persigue al decir algo a otro. Esta especie de actos de habla constituye el núcleo de la teoría ya que describe los distintos modos en que nos servimos del lenguaje para lograr múltiples fines. Como ejemplos de actos ilocutivos pueden citarse: preguntar, ordenar, increpar, insultar, etcétera.

c. *Perlocucionarios/perlocutivos*: indica los efectos, deseados o no, que se suscitan en el destinatario del mensaje. Para afirmar que se está ante un acto de habla perlocucionario debemos examinar el contexto de enunciación y los efectos producidos en quien recibe el mensaje. Por tanto, no basta con determinar si se ha proferido o no un enunciado para afirmar la existencia de un efecto perlocucionario. Ejemplos de ello son: ofender, convencer, persuadir, etcétera.

Bertucelli resume en un ejemplo el sentido de la tipología antes señalada: “... mediante el enunciado ‘Ven aquí inmediatamente’ el hablante cumple un acto lingüístico que consiste en una locución, una ilocución y una perlocución. La locución es el acto de emitir los sonidos que componen las tres palabras ‘ven’, ‘aquí’, ‘inmediatamente’ en modo imperativo y referido a un determinado tiempo y lugar. La ilocución es el acto explicitable mediante la fórmula preformativa ‘Con estas palabras yo te ordeno...’ y refleja la intención con la que el hablante emite la locución. La perlocución es el acto que expresa el efecto que el hablante consigue por medio del propio enunciado, y que puede ser ‘el hablante induce al interlocutor a ir al puesto indicado’ o bien ‘el hablante atemoriza al interlocutor’...” (1996: 39-40) La autora precisa que cada uno de estos actos de habla puede frustrarse cuando: en el caso de una locución, ésta simplemente no se profiere; de una ilocución (por ejemplo, una orden), cuando no existen las condiciones materiales que permitan que se cumpla el acto; de una perlocución, cuando se obtienen consecuencias indeseadas.

Otra tipología ampliamente difundida por la doctrina y que se vincula con los actos ilocutivos es la siguiente:

a. Constatativos o asertivos: asegurar, explicar, describir.

- b. Directivos: ordenar, pedir, rogar, solicitar.
- c. Compromisorios: prometer, garantizar, amenazar.
- d. Expresivos: agradecer, pedir disculpas, felicitar.
- e. Declarativos: sentenciar, bautizar, declarar la guerra, levantar una sesión, etcétera.

Las tipologías de los actos de habla se relacionan con la categoría de uso lingüístico. Bertucelli apunta que “En contraste con la investigación de una lengua lógica ideal promulgada por los empiristas lógicos, la filosofía analítica de Wittgenstein y Austin se basa en la observación del lenguaje común y, por tanto, se caracteriza fundamentalmente por la concepción de la lengua como actividad, a la vez que concede gran importancia al significado desvinculado de los conceptos de verdad y falsedad y estrechamente relacionado a los usos extralingüísticos del mismo lenguaje.” (*Idem*: 43) Para nosotros, investigar sobre el DJ significa ocuparnos de cómo el lenguaje se actualiza en un campo de enunciación específico. Sin las categorías de uso lingüístico, por un lado, y la de acto de habla, por otro, resultaría complejo fijar teóricamente el fenómeno del DJ.

El célebre lingüista Ferdinand de Saussure estableció una distinción capital entre el lenguaje como capacidad humana y el uso de dicho lenguaje en contextos específicos. Aclara: “... la lengua es un conjunto de convenciones necesarias adoptadas por el cuerpo social para permitir el uso de la facultad del lenguaje entre los individuos. La facultad del lenguaje es un hecho distinto de la lengua, pero no puede realizarse sin ella. Con *parole* se designa tanto el acto del individuo que realiza su facultad por medio de la convención social como la lengua.” (*apud* BERTUCELLI, 1996: 75)

La lengua es el objeto material de estudio de la Lingüística. La palabra (el habla) es el uso de la lengua por un hablante en una situación determinada. Análogamente, hallamos una dicotomía entre las nociones de lengua y discurso. En ambos casos, ciertamente, se está ante hechos lingüísticos. Sin embargo, en la noción de discurso se materializa la idea de **uso contextualizado de la lengua**. Así, la lengua deja de ser potencia para convertirse en acto. El discurso surge como la lengua *realizada*. Por tanto, es relevante distinguir entre la lengua como posibilidad y el acto de habla como realización. El análisis del discurso parte de un supuesto: la existencia de un acto de habla y/o de un texto.

Referirnos tanto a las categorías básicas de la Lingüística como a la tipología de los actos de habla permite situar la relación lenguaje-discurso. El punto de partida es describir al derecho como un fenómeno social y normativo, ciertamente, pero resaltando su dimensión lingüística. Este objetivo de investigación, admitámoslo, no es nuevo. Existen juristas que se han ocupado de desentrañar la relación derecho-lenguaje y derecho-discurso con acuciosidad. Así, Norberto Bobbio en su artículo “Scienza del diritto e analisi del linguaggio” difundido en 1950; H.L.A. Hart con *El*

concepto de derecho (1961); Genaro Carrió con *Notas sobre derecho y lenguaje* (1965); Juan Ramón Capella, *El derecho como lenguaje* (1968), por citar algunos trabajos clásicos.

Cuando en esta tesis hablamos de “lenguaje jurídico” e incluso de un “discurso jurídico” se hace para significar cómo el lenguaje natural se emplea por el derecho positivo para dirigir las conductas humanas. El discurso se sirve del lenguaje, pero no equivale a éste. El lenguaje es el vehículo del discurso. El derecho positivo se realiza a través del lenguaje en acción, esto es, del discurso. Por tanto, nuestro interés es servirnos de la pragmática para describir la racionalidad práctica en el derecho, notablemente al examinar las tesis jurisprudenciales y precedentes como piezas discursivas.

2. La dimensión pragmática del lenguaje

En los párrafos que anteceden nos hemos referido a la pragmática. Como se indicó, esta disciplina se ocupa de describir y explicar los usos de la lengua en sus distintos contextos y el sentido que los hablantes le imprimen a dichos usos. Para Charles Morris, la pragmática forma parte de la lingüística, siendo esta última “... una teoría intelectualmente comprensiva y sistemática de los signos, que considera exigencia fundamental para la comprensión del hombre.” (BERTUCCELLI, 1996: 27). Para lograr este objetivo, reúne en un solo proyecto teórico el estudio de cómo se relacionan los signos entre sí (la sintáctica) y hasta qué punto dichas relaciones son regulares; qué vínculos existen entre el signo, entendido como el vehículo utilizado para nombrar un objeto, y el significado que se le atribuye comúnmente (la semántica). Finalmente, cuál es la relación entre signos e intérpretes o, dicho de otro modo, cuáles son las prácticas o usos efectivos de la lengua en contextos determinados. En rigor, es esta última perspectiva la que concierne, en estricto sentido, a la pragmática:

... la ‘pragmática’ aborda las relaciones más dinámicas, las que existen entre los signos y sus usuarios dentro del contexto en que éstos utilizan aquéllas (relaciones de interpretación). De las otras dos ramas, la primera, la sintáctica, trata de los diversos nexos que los signos mantienen entre sí y de los que establecen en el seno de los propios signos (relaciones de implicación), y la segunda, la semántica, analiza las vinculaciones de éstos con el mundo al que hacen referencia, es decir, con los objetos a los que se aplican (relaciones de designación). Pero el hecho de que la ‘pragmática’ trate el aspecto más dinámico, la interpretación, no significa que pueda prescindir de las otras dos ramas, la sintáctica y la semántica, ya que es prácticamente imposible interpretar ningún mensaje si no se conocen las relaciones que los signos guardan entre sí, ni las que mantienen con el mundo al que hacen referencia. (ALCARÁZ VARÓ, 1997: 446)

Nuestra postura teórica sobre los objetivos de la pragmática difieren, parcialmente, de posiciones como la del lingüista neerlandés Teun van Dijk, quien afirma: “Un análisis pragmático... sólo especifica cómo emisiones de cierta forma y significado pueden ser interpretadas como un determinado acto de habla, sin analizar las condiciones y consecuencias cognoscitivas y socioculturales de esos actos de habla” (VAN DIJK, 2001: 59). Creemos, como dicho autor, en la importancia de determinar los tipos de actos de habla que se producen efectivamente al ser proferido un discurso, pero consideramos que deben indagarse los efectos suscitados en los destinatarios del discurso y los significados que los participantes atribuyen a los conceptos que emplean. Limitar la pragmática al escudriñamiento de los tipos de actos de habla en una forma discursiva es sólo la primera fase de una investigación.

La pragmática no podría entenderse sin la categoría de *contexto*. Ciertamente, “... el contexto se constituye como un concepto crucial y definitorio del ámbito de la pragmática y del análisis del discurso, ya que su consideración en la descripción y el análisis de los usos lingüísticos, marcará la línea divisoria entre los estudios discursivos y los puramente gramaticales...” (CALSAMIGLIA & TUSÓN, 2002: 108)

El análisis del contexto permite reconstruir el significado de un enunciado. En toda investigación interesada por la dimensión pragmática referirse al contexto constituye un punto de partida indispensable. Así, “Comprender un enunciado es algo más que referirse a una gramática y a un diccionario, significa también echar a andar una serie de saberes, formular hipótesis, razonar, construyendo un contexto que no está preestablecido ni es estable. La idea misma de un enunciado significativo fuera de un contexto resulta inverosímil...” (MAINGUENEAU, 1998: 6)

Analizar un discurso significa reconstruirlo a partir de su contexto de enunciación. Siguiendo a Alcaráz Varó, su primera cualidad es la *situación de enunciación*, es decir, la dimensión espacio-temporal en la que se profieren enunciados. Todo enunciado es un hecho lingüístico que existe en el tiempo y en el espacio. Podemos, luego, examinarlo a la luz del método empírico por tratarse de un acontecimiento verificado en el tiempo y el espacio. La importancia atribuida al contexto conduce a Giménez, especialista mexicano del DJ, a sostener la siguiente definición:

... el discurso sería cualquier forma de actividad lingüística considerada en una situación de comunicación, es decir, en una determinada circunstancia de lugar y de tiempo en que un determinado sujeto de enunciación (yo, nosotros) organiza su lenguaje en función de un determinado destinatario (tú, vosotros). Ya Saussure había definido el discurso como ‘lenguaje en acción’, es decir, como la lengua en cuanto asumida por el sujeto parlante. (GIMÉNEZ, 1981: 143)

La segunda cualidad del contexto es el denominado *cotexto*. Se trata del “... marco textual en que está enclavada la oración u oraciones de un enunciado... toda unidad lingüística es, a su vez, entorno lingüístico o marco de referencia para otra de rango inferior, y está contenida, además en otra de rango superior...” (ALCARÁZ VARÓ, 1997: 145-146)

La tercera cualidad del contexto es la denominada *presuposición pragmática*. Está formada por lo que puede llamarse el “universo discursivo”, esto es, por un conjunto de creencias y valores más o menos compartidos por los interlocutores acerca de cómo recibir e interpretar un discurso y sus significados. Para que ello ocurra, se requiere un mínimo de eficacia en la comunicación, lo que evoca la denominada “competencia comunicativa”. Según Hymes, por tal se entiende “la competencia que establece cuándo se debe hablar y cuándo callar, qué decir, a quién, cómo y de qué modo” (*apud* BERTUCCELLI, 1996: 85) La competencia comunicativa se construye a partir de un conjunto de saberes mínimos compartidos entre hablantes. Se materializan en las palabras y sus significados. Si los significados son estables o muy estables, los hablantes poseen una garantía de entenderse, “decodificando” la información contenida en los mensajes que intercambian.

La idea de “presuposición pragmática” es difícil de describir en abstracto por su complejidad. Su examen supone explicar el sistema de representaciones que poseen los hablantes en un momento determinado. A modo de ejemplo, y en el ámbito jurídico, la presuposición pragmática aparece cuando el litigante anticipa cuál podrá ser el criterio interpretativo que adopte el juez en una causa. El litigante puede “calcular” el grado de probabilidad de que sus creencias y conceptos sobre los conceptos jurídicos coincidan con las del juez. Ahora bien, el juez mismo parte de un conjunto de saberes y creencias acerca de lo que es el derecho, esto es, el juez también adopta una presuposición pragmática sobre el caso, la cual orientará su decisión. El rol del juez, en este sentido, es organizar toda la información disponible. Así, el juzgador determina su pertinencia y comunica a las partes una decisión congruente con el sistema de fuentes en vigor.

Por otra parte, la presuposición pragmática puede apoyarse en la existencia de precedentes judiciales y, concretamente, en su *ratio decidendi*. Ante una tesis jurisprudencial, el juez puede inquirirse si la razón práctica jurídica allí contenida regula el caso que se le plantea, tarea que supone realizar un trabajo de “interpretación de la interpretación”. En caso negativo, puede aportar razones que distingan el caso presente del contexto descrito en la tesis jurisprudencial, a fin de justificar por qué el criterio jurídico contenido en ella no resulta aplicable. Este procedimiento resulta fundamental, sobre todo cuando las partes invocan tesis jurisprudenciales en espera de que el juez reconozca su obligatoriedad.

Como en el caso de los actos de habla, existe una tipología relativamente variada para describir los elementos del *contexto*. Aquí hemos brindado tres de los más significativos. Podrían agregarse, para mayor riqueza analítica, otros elementos significativos, como los sugeridos por el modelo de Hymes-Gumperz (*The Ethnography of communication*, 1972). Conocido por las siglas “SPEAKING”, dicho modelo integra la situación (dimensión espacio-tiempo), los participantes,

los fines, la secuencia de actos de habla, las claves, los instrumentos verbales y no verbales, las normas para la toma de palabra y los géneros discursivos. Para nosotros, resultan esenciales la situación, los participantes y sus fines, las normas que rigen el discurso y sus géneros.

Si bien, como se ha advertido, existe un gran número de tipologías del concepto de “contexto”, lo cierto es que posee dos dimensiones básicas perfectamente descritas por la doctrina: la lingüística (verbal y no verbal) y la extralingüística (normas, valores, fines, creencias). Distinguir las resulta de especial utilidad en nuestra investigación. Así, nos ocuparemos de la dimensión lingüística del contexto del DJUR cuando examinemos, concretamente, las formas argumentativas en que se apoya. Por otro lado, estudiaremos la dimensión extralingüística del DJUR cuando establezcamos los principios en que se apoya, los valores y fines que lo orientan y el sistema de creencias acerca del derecho y sus funciones contenidos en las tesis jurisprudenciales.

3. Retorno al discurso: las nociones clave

3.1 Discurso y teoría del discurso

La teoría del discurso, entendida como reflexión sistemática acerca de los principios y categorías que rigen al discurso, se vincula con la filosofía del lenguaje y la pragmática porque todos examinan al lenguaje. Sin embargo, la teoría del discurso centra su atención en la definición de la noción de “discurso”, la posible existencia de principios orientadores y los géneros discursivos. Un punto central de reflexión en la teoría del discurso es la denominada *racionalidad discursiva*, es decir, el modo en el que se expresa la razón práctica en distintos campos de la vida social utilizando el discurso como medio buscando producir efectos en las personas. **Teorizar** sobre el discurso es adoptar una posición especulativa sobre el fenómeno en los términos antes descritos. **Analizar** el discurso –mejor, un tipo de discurso- significa describir una forma discursiva conforme a métodos y técnicas reconocidos.

La lingüística suele concebir al discurso como un sistema de enunciados, es decir, como una unidad lingüística superior a la frase u oración (MAINGUENEAU, 1996). Etimológicamente, está formado por el verbo latino “currere” (correr). Obsérvese la asociación implícita entre las ideas de “discurso” y “acción”. Si la idea de “acción”, sugerida por el concepto de “discurso”, se traslada al mundo jurídico, se constata que en ambos casos existe una coincidencia medular: *ambos son fenómenos que se realizan actuando, haciendo, ejecutando*. Derecho y discurso se caracterizan por lo que la filosofía del lenguaje contemporánea denomina su *realizatividad*. Este es un rasgo fundamental en el mundo jurídico ya que cuando el derecho ordena que algo sea hecho persigue que el destinatario del mandato lo asuma plenamente. Así, el discurso jurídico,

fundado en el derecho positivo, no es un simple conjunto de palabras y enunciados. Es, sobre todo, un discurso creado para ser realizado en la práctica.

A diferencia de la filosofía del lenguaje, la teoría del discurso posee un campo más restringido de análisis. No se ocupa del lenguaje como problema filosófico en sí mismo, aunque lo presupone. Efectivamente, carecería de sentido afirmar que el discurso está totalmente desligado del lenguaje como referente primario. A fin de cuentas, en ambos casos se está ante hechos lingüísticos susceptibles de análisis. Sin embargo, en la teoría del discurso no se examinan las relaciones lenguaje-pensamiento. Tampoco se elaboran complejas teorías sobre el significado de las palabras ni se plantea la utilidad de los lenguajes artificiales. En teoría del discurso interesa indagar cuáles son los fundamentos racionales del decir contextualizado, en otros términos, si existen principios que orienten el intercambio comunicativo entre hablantes.

La filosofía del lenguaje, por un lado, centra su atención en el lenguaje natural, los actos y signos lingüísticos y la posibilidad de fijar principios y reglas que expliquen sus combinaciones y significados. La teoría del discurso, por otro lado, presupone la existencia del lenguaje como medio expresivo, pero lo examina en su realización concreta, es decir, en situación. Ahora bien, la teoría del discurso puede servirse de categorías, principios y modelos teóricos fijados por la filosofía del lenguaje y la lingüística, tales como la de *uso lingüístico*.

En esta investigación definimos estipulativamente al discurso como **la práctica social que, utilizando el lenguaje como medio expresivo, permite el intercambio de mensajes significativos entre hablantes sustentada en un conjunto de principios básicos que buscan garantizar una comunicación eficaz.**

Hablar de “tipos de discursos” cobra sentido cuando se describe cómo opera el discurso en un contexto determinado. Podemos analizar una forma discursiva según los participantes que en él intervienen, sus valores y fines, el sistema de creencias que poseen y el conjunto de significados que le atribuyen a los enunciados que profieren. Sin las nociones de tipo, forma o género del discurso (todas ellas sinónimas) resultaría imposible pensar en el fenómeno del “discurso jurídico”.

3.2 Principios que rigen al discurso

Como muchas prácticas sociales, el discurso se orienta por principios y reglas. Estos elementos confieren al discurso una cierta *racionalidad* y tienen por objeto permitir y favorecer la

comunicación humana. Al actualizarse el discurso en un contexto enunciativo, debe considerarse que éste es posible gracias a: 1) la existencia de un mínimo de condiciones fácticas que permiten el intercambio de mensajes significativos entre hablantes (tiempo, espacio, comunidad de hablantes); 2) el uso de principios y reglas básicos para poder comunicar eficaz y racionalmente.¹

Los teóricos del discurso, principalmente los de raíz francesa, denominan “leyes del discurso” a lo que nosotros conceptuamos como *principios del discurso*. Estos principios surgen a partir de la siguiente cuestión: ¿qué condiciones mínimas deben existir para que dos o más hablantes puedan intercambiar mensajes significativos de manera eficaz y libre? Ciertamente,

Como toda acción social, la comunicación está necesariamente regulada por un conjunto de normas, máximas o principios que permiten el funcionamiento relativamente eficaz de los intercambios entre las personas. Ahora bien, esas normas, máximas o principios tienen unas características muy diferentes a, por ejemplo, las “reglas” gramaticales. Si una regla de la gramática se transgrede, se obtiene una secuencia agramatical..., por ejemplo, la secuencia *el mesa son grande* no es una oración de la lengua castellana porque no respeta la regla de concordancia de género entre artículo y nombre ni la regla de concordancia de número entre sujeto y verbo. Sin embargo, las normas que regulan la comunicación humana hay que entenderlas como tendencias *habituales* de comportamiento..., como principios *razonables* en los que las personas confiamos, pero que, como ya se ha mostrado, se negocian, se pueden transgredir y pueden cambiar...

En definitiva, las normas se manifiestan como un conjunto de habilidades que se adquieren a través de la participación en múltiples y diversas situaciones que permiten desarrollar la competencia comunicativa... Ese conjunto de estrategias y de saberes hacen posible actuar de manera comunicativamente eficaz y apropiada, produciendo enunciados adecuadamente encaminados hacia nuestras metas, así como interpretando los enunciados de los demás en las diferentes situaciones de comunicación que proporciona el entorno social. (CALSAMIGLIA & TUSÓN, 2002: 206)

Para que el intercambio discursivo entre hablantes sea posible racionalmente, han de cumplirse una serie de principios. Sin ellos, la comunicación sería precaria o nula. Uno de dichos principios, el de **universalidad**, encierra un fin importante en la comunicación: la estabilidad de significados de las palabras para poder decir algo a alguien con sentido. Si al expresarnos lingüísticamente asignamos significados variables a las palabras que usamos tal acción torna imposible el que

¹ Un principio es un punto de partida, un fundamento para la toma de decisiones en un determinado campo del saber. Por su parte, una regla es un enunciado prescriptivo de la conducta humana.

En el ámbito de la teoría jurídica contemporánea, principios y reglas son considerados especies de normas jurídicas. Respecto de su distinción y peculiaridades, conviene referirse al trabajo de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 2004 (notablemente el capítulo primero).

nuestros interlocutores entiendan lo que decimos. Ahora bien, la idea de universalidad puede entenderse, como hacen teóricos como el alemán Jürgen Habermas, como la clave de una comunidad de comunicación. En efecto, se afirma que, idealmente, la comunicación perfecta existe allí donde todos los participantes se expresan con sinceridad, claridad, precisión y pertinencia, alcanzando consensos regulares. Es claro que dicha comunidad ideal, en la que se piensa en un mundo de perfecta transparencia de significados y fines, no existe. Sin embargo, constituye una de las hipótesis más estimulantes en la teoría del discurso de inspiración neokantiana.

Atendiendo a la doctrina en materia de teoría del discurso, señalamos y describimos someramente los principios que lo rigen, expuestos por orden alfabético:

Principio de cooperación: se debe su formulación clásica a H.P. Grice (**Lógica y conversación**, 1975). "... Este principio asume que los interlocutores son conscientes de los fines y de la dirección de la conversación, por lo que su aportación conversacional irá siempre dirigida a cumplir las metas que ambos asumen..." (ALCARÁZ VARÓ, 1997: 460).

El principio se enuncia así: "Contribuye a la conversación del modo solicitado, en la fase requerida, con un objetivo común inmediato y de forma consecuente con los compromisos conversacionales establecidos." (*apud* BERTUCELLI, 1996: 55) Ahora bien, el principio se precisa en cuatro "máximas", a saber:

- a. *Máxima de cantidad*: "haga que el discurso emitido contenga toda la información necesaria" y también "haga que su contribución no sea más informativa de lo necesario";
- b. *Máxima de calidad*: "no diga lo que crea que es falso ni hable de lo que no tenga pruebas";
- c. *Máxima de modalidad*: "sea claro, sin ambigüedades, breve y ordenado;"
- d. *Máxima de relación*: "sea pertinente o relevante".

Si bien Grice centra su atención en la conversación, lo cierto es que sus cuatro máximas pueden aplicarse a la elaboración de textos escritos, pero también funcionan como elementos de valoración crítica de su forma y contenido.

Principio de relevancia (o de pertinencia): Sperber y Wilson, reflexionando sobre el principio de cooperación de Grice (especialmente en la máxima de relación), consideran que pueden reformularlo sintéticamente en el principio de pertinencia o relevancia (véase *Relevance: Communication and Cognition*, 1986). La tesis central consiste en afirmar que "... quien habla o escribe ha de ser pertinente, decir algo que venga al caso y que sea de interés, para que quien escucha o lea reconozca que el enunciado es relevante y desencadene un proceso de inferencia

para conseguir, con el mínimo esfuerzo posible, efectos contextuales amplios.” (CALSAMIGLIA & TUSÓN, 2002: 204)

Las premisas fundamentales en las que descansa este principio son: “1. Cada enunciado posee una variedad de posibles interpretaciones; 2. el oyente no recibe todas estas interpretaciones posibles de la misma forma, sino que algunas requieren más esfuerzo de procesamiento que otras; 3. los oyentes están dotados de un único criterio general para evaluar las interpretaciones; 4. este criterio es suficientemente poderoso como para excluir todas las interpretaciones excepto una, que es la que finalmente se acepta.” (ALCARÁZ VARÓ, 1997: 498) Se afirma que las personas buscan orientar sus recursos de procesamiento de la información hacia aquello que les permita “decodificar” un mensaje con el menor costo posible. Para comprobar si un mensaje ha sido comprendido, debemos atender a los efectos contextuales. Así, “... si un destinatario encuentra una primera hipótesis interpretativa que ofrece un alto número de efectos contextuales a cambio de un esfuerzo de procesamiento pequeño, el destinatario elegirá dicha hipótesis como la más probable y detendrá su actividad interpretativa, dejando de lado otras alternativas menos plausibles...” (*Ibidem*: 499)

Principio de sinceridad: todo hablante sólo puede afirmar aquello en lo que cree. Este principio se viola cuando el participante asevera algo en lo que no cree o algo que sabe de antemano que es falso.

En su obra **Teoría de la argumentación jurídica**, el jurista alemán Robert Alexy propone diversas reglas vinculadas con el discurso práctico en general. El interés de su propuesta, para efectos de esta investigación, radica en el hecho de vincular el discurso práctico al discurso jurídico, estableciendo las peculiaridades de ambos. Si bien resulta útil referirse a los principios y reglas que orientan el discurso en general, es necesario puntualizar la manera en que se concretizan en el ámbito del derecho.

Alexy considera que la interacción entre hablantes se beneficia enormemente cuando se parte de un conjunto de reglas que orientan racionalmente la toma de decisiones. Al examinar dichas reglas se constata que Alexy se ha inspirado de la lógica formal, la pragmática y las teorías del discurso y de la argumentación. El punto de equilibrio de dichas reglas es la tesis de que, al comunicar, los hablantes deben emplear significados estables en los términos que empleen, a fin de favorecer un intercambio discursivo ideal. En el punto 2 de la sección B) de este capítulo nos ocuparemos de las reglas expuestas por Alexy.

3.3 El discurso escrito

El discurso escrito es la forma, medio o soporte gráfico más común de representación del DJ en nuestro sistema jurídico de tradición romano-canónica. Por tal razón, es conveniente describir las características elementales de todo discurso escrito siendo éste una situación de enunciación en la que acontece lo siguiente:

- a). La actuación independiente y autónoma de las personas que se comunican a través de un texto. Emisores y receptores se llaman, más precisamente, **escritores y lectores**.
- b). La comunicación tiene lugar **in absentia**: sus protagonistas no comparten ni el tiempo ni el espacio. El momento y el lugar de la escritura no coinciden con los de la lectura.
- c). Al tratarse de una **interacción diferida**, el texto debe contener las instrucciones necesarias para ser interpretado. (CALSAMIGLIA & TUSÓN: 2002, 75)

Las cualidades antes señaladas distinguen al discurso escrito del discurso oral. Las prácticas discursivas típicas de la oralidad, dentro del mundo jurídico, son la declaración, audiencia, el interrogatorio, los alegatos orales, la deliberación del jurado, etcétera. Las prácticas discursivas escritas son la ley, la sentencia, la jurisprudencia, el contrato, la demanda, etcétera. El AD se interesa, en principio, en cualquiera de dichas prácticas.

La noción clave en toda forma de discurso escrito es la de **texto**. Su estudio ha sido materia de debates en el campo de la lingüística textual, disciplina surgida en la Alemania de los años sesenta del siglo XX. Pese a la existencia de numerosas definiciones, podemos decir que “texto” es la materialización del discurso, siguiendo la clásica formulación de Teresa Cabré (*apud* ALCARÁZ VARÓ, 1997: 564). El discurso escrito es el mismo texto, pero considerado a la luz de sus condiciones de producción. “...cuando se habla del discurso se está poniendo de relieve el aspecto interactivo, dinámico y generador del lenguaje, o sea, el lenguaje en acción, en tanto que el ‘texto’ se considera obra o producto del discurso, a modo de matriz de observación”. (*Idem*: 565)

Texto y discurso son hechos lingüísticos perceptibles. Gracias al texto, el discurso escrito cobra vida en una situación de enunciación. Su estabilidad (al constar en un documento) garantiza su difusión masiva y posibilita su consulta repetida: “...los textos escritos que representan el conocimiento se distinguen por su capacidad de expresar la objetividad, con construcciones sintácticas impersonales o pasivas con la elección de la tercera persona gramatical como forma de expresión que borra el protagonismo de los coenunciadores....” (CALSAMIGLIA & TUSÓN, 2002:93)

¿Cómo abordar el estudio de la jurisprudencia desde la perspectiva de la filosofía del lenguaje, la pragmática, la teoría del discurso y la lingüística textual? En primer término, consideramos que la jurisprudencia, entendida en México como fuente normativa, puede ser examinada como una forma discursiva. Se trata de un discurso **escrito** integrado por uno o varios precedentes los cuales desarrollan un criterio jurídico cuyo fin es orientar la decisión judicial. Ahora bien, ¿qué puede entenderse por “precedente”?

Constituye un ‘precedente’ a los fines de la interpretación jurídica toda decisión judicial anterior que tenga alguna relevancia para el juez que debe resolver el caso. Se trata... de una noción amplia que excluye eventuales restricciones como las que podrían derivarse de atribuir el valor de ‘precedentes’ sólo a las decisiones emanadas de las cortes supremas respectivas, o que expresen criterios ‘reiterados’ en otras decisiones... o que estén ‘firmes’ (esto es, que gocen del status de la *res iudicata*), o que hayan sido publicadas. (SODERO, 2004: 220)

El núcleo argumentativo del precedente se denomina *ratio decidendi*, esto es, la razón jurídica que motiva la decisión del órgano jurisdiccional: “Una *ratio decidendi* es una decisión jurídica expresa o implícita dada por un juez, suficiente para dirimir una controversia jurídica fijada por los argumentos de las partes en el proceso, caracterizada por ser necesaria para la justificación [motivación] del caso.” (MACCORMICK, 1987: 170)

La *ratio decidendi* equivale al o los argumentos que, expuestos en los considerandos de una sentencia, contienen los fundamentos necesarios de la resolución. En ellos cristaliza la aplicación de la norma al caso concreto. En cambio, si se trata de argumentos o consideraciones que no se refieran a aspectos esenciales de la motivación del caso, se les clasifica bajo una denominación distinta: la de *obiter dicta*. La distinción conceptual aquí apuntada conduce a una aseveración: la parte del precedente que resulta vinculante, para efectos de la formación de la jurisprudencia, es la razón jurídica de la decisión judicial (la *ratio decidendi*). Conviene apuntar que, en la aplicación de los precedentes, puede resultar polémico determinar qué parte de ellos constituye la *ratio decidendi*, por una parte, así como también si dicho criterio jurídico rige en un determinado caso, por otra parte.

La decisión jurídica expresa una cierta *racionalidad práctica*. Por tal entendemos, mínimamente, la existencia de un sujeto racional que adopta una decisión **pretendiendo que es correcta** según ciertos criterios de validez y cuyo fin es **suscitar ciertas conductas** en un destinatario. Por tanto, el DJ nace no solamente para decir algo con palabras sino, además, para lograr que alguien se comporte de cierta manera.

Con anterioridad sostuvimos que la teoría del discurso parte de una tesis: todo discurso se construye sobre ciertos principios que condicionan su racionalidad interna. Ahora bien, la doctrina especializada ha propuesto principios específicos a los *textos escritos* que, a semejanza de los principios orientadores del discurso, imprimen a todo texto una cierta racionalidad. Seguimos, a este respecto, la formulación clásica de De Beaugrande-Dressler, expuesto en su obra *Introducción a la lingüística del texto* (apud BERTUCCELLI, 1996: 257-260):

Principio de aceptabilidad: para que un texto sea recibido o aceptado, se precisa que sea claro y coherente.

Principio de carga de la información: a mayor carga de información nueva, mayor esfuerzo del lector para incorporar los mensajes a su experiencia vital, y viceversa. Así, “La estructuración de un texto está regida por un equilibrio justo entre informaciones nuevas e informaciones conocidas.” (*Ibidem*: 260)

Principio de coherencia: para ser inteligible, todo texto debe guardar una continuidad en los significados de los conceptos y sus relaciones lógicas. “Los conceptos que van apareciendo en el texto se elaboran en función del fin que se persigue con ese texto...” (*Ibidem*: 258) El tipo de continuidad a la que se refiere este principio es “interna”, ya que trata el problema de los significados de las palabras, lo que requiere un esfuerzo interpretativo por parte del lector.

Principio de cohesión: para ser comunicable, todo texto debe expresarse a través de una sintaxis clara y constante. Expresa una continuidad “superficial” o “externa”, ya que se refiere a la forma en que están vinculadas las palabras entre sí según ciertas reglas gramaticales.

Principio de cooperación: cuando un texto presenta ambigüedad, el receptor tiende a buscar significados implícitos a fin de integrarlo racionalmente a su experiencia vital.

Principio de intencionalidad: todo texto puede explicarse en función del fin de su autor.

Principio de intertextualidad: todo texto puede ser puesto en relación con otros. En otros términos, no existen textos aislados, sino en interacción a través de un flujo constante.

La intertextualidad designa un fenómeno diverso a la paratextualidad y a la metatextualidad. Así, el primero describe la propiedad que poseen los textos de hilvanarse unos con otros a través de las técnicas de la cita, la paráfrasis o la alusión. La paratextualidad refiere el entorno de un texto, concretamente elementos como los títulos, la introducción, el prefacio, el rubro, las ilustraciones, etcétera. Finalmente, la metatextualidad significa la relación que un texto posee ante otro en donde el primero es comentado por el segundo.

Principio de situacionalidad: un texto debe explicarse conforme al contexto en el que se produjo.

3.4 Categorías básicas del análisis del discurso

Una investigación sobre el discurso puede ocuparse de dos problemas distintos, aunque complementarios: teorizar sobre el discurso desde una perspectiva de “discurso sobre el discurso”, por una parte, o bien analizar una determinada forma discursiva. Es decir, puede ser una investigación teórica que indague sobre el estatuto ontológico del discurso en el ámbito de los saberes humanos, pero también una que se ocupe, desde una perspectiva pragmática, sobre cómo se produce un determinado discurso en un contexto. Ambas formas de abordar el fenómeno del discurso son complementarias: nada impide que el estudioso determine cómo se ha realizado un discurso en una situación y, al mismo tiempo, pondere dicho discurso a la luz de los principios y nociones fundamentales elaborados desde una cierta teorización sobre el discurso. De hecho, ésta es la forma en la que nosotros examinamos el DJUR. Exponer un *discurso acerca del discurso* significa teorizar acerca de dicho objeto. Describir y analizar un *discurso-objeto* tal y como se produce en un determinado contexto de enunciación es realizar una tarea de *análisis del discurso*. El primero es un discurso teórico. El segundo es un discurso práctico.

En un punto anterior hemos señalado los fundamentos teóricos que sustentan nuestra concepción sobre el discurso. Ahora bien, en esta investigación realizamos un estudio de una forma discursiva y ponderamos hasta qué punto, en la praxis, son seguidos o no dichos fundamentos. Al proceder de esta suerte, nos situamos no sólo en una perspectiva de teoría del discurso, sino también de análisis del discurso. Por “análisis del discurso” (en lo sucesivo, **AD**) en sentido amplio entendemos la disciplina que, usuaria de diversas metodologías, tiene por objeto examinar un texto o conjunto de textos selectos a la manera de una muestra (el *corpus*). Dicha muestra se extrae de un campo discursivo identificable, entre otros rasgos relevantes, por el uso que los participantes hacen, de modo más o menos estable en cuanto a sus significados, de un sistema de signos lingüísticos. (MAINGUENEAU, 1996: 11). En la especie, dicho cuerpo de textos los extraemos de la jurisprudencia en materia contencioso-administrativa a fin de determinar cómo se realiza en ella la *racionalidad práctica discursiva*, esto es, de qué manera los participantes

determinan, a través del lenguaje como discurso, qué es dable o no hacer y conforme a qué criterios de corrección.

Teorizar sobre el discurso plantea una problemática distinta a la de analizar un determinado discurso. Es importante destacar que esta investigación no propone, como objetivo, un discurso sobre teoría del discurso. Es decir, no anhelamos establecer una nueva teoría sobre la idea general del discurso y su relación con las disciplinas del lenguaje. Sin embargo, esta investigación se sirve de las denominadas “leyes del discurso” a fin de orientar el análisis de las piezas discursivas que forman la jurisprudencia y, notablemente, el precedente.

El DJ es una forma discursiva que se produce en un campo especializado de enunciación. Para identificar cuándo se está ante lo que se denomina una “forma discursiva” pueden seguirse dos criterios básicos: el de los participantes que intervienen en su elocución o bien el del contexto o situación en el que se profiere. En el primer caso, prevalece la perspectiva de un grupo de hablantes que emplean el lenguaje natural de manera especializada (atribuyéndole a los signos lingüísticos significados propios a dicha forma). En el segundo, acentuamos el medio o espacio en el que se produce el discurso. Por tanto, aplicando estos dos criterios al análisis del DJ, puede decirse que es identificable tanto por los sujetos institucionales que lo producen como por el espacio público en el que se verifica, esto es, el espacio del Estado.

El analista del discurso puede emplear diversos enfoques y metodologías para estudiar una forma discursiva. Sin embargo, cualquiera que sea la escuela, corriente u orientación metodológica que se posea para analizar una forma discursiva, debe partirse de una serie de categorías analíticas fundamentales. Estas tienen la función de ser la guía elemental para analizar cualquier pieza discursiva y trascienden cualquier aproximación teórica sobre el discurso. En orden alfabético, se trata de las siguientes: *acto de habla, autoridad, campo discursivo, coherencia, cohesión, contexto, género discursivo, intertextualidad, metadiscurso, metatextualidad, paratextualidad, participante, pertinencia, situación, texto*. En secciones precedentes hemos tratado ya las categorías de acto de habla, contexto, intertextualidad, metadiscurso, metatextualidad, paratextualidad, pertinencia, situación y texto. A continuación describimos aquéllas de los que aún no nos hemos ocupado aún. En el caso de la coherencia y la cohesión, ahondamos en las nociones expuestas anteriormente, considerando que se trata de las propiedades más representativas de cualquier texto.

Creemos que la noción sustantiva que presupone cualquier discurso es la de *participante*. Por tal entendemos al sujeto que profiere el discurso, a su agente, al ente racional que lo produce en una situación determinada. Plantear un discurso sin participantes sería como elaborar una teoría del derecho privada de la noción de sujeto jurídico: equivaldría a hilvanar una teoría jurídica en el vacío. Utilizamos el concepto de participante porque deseamos resaltar que, en el mundo contemporáneo regido por la ideología democrática, quien habla en el espacio público lo hace

ejerciendo un derecho. Quien habla espera que los demás reconozcan no sólo su necesidad de expresarse sino también su *derecho* a hacerlo.

Los juristas emplean comúnmente la noción de “autoridad”. Esta noción cobra sentido desde un cierto orden normativo que reconoce la existencia de instituciones y de personas que las encarnan. Para el jurista, una autoridad es el agente del Estado que, investido de facultades, materializa una de las funciones del poder público. Como tal, sólo le está permitido hacer aquello que la ley le faculta. En análisis del discurso, el concepto de autoridad supone entender el marco social e institucional en el que se inserta un discurso. Las preguntas clave que revelan dicho marco son: ¿quién habla? y ¿desde qué posición habla? La noción de autoridad es útil cuando se busca fijar la posición de los participantes institucionales en un campo discursivo (el juez, por ejemplo), analizando los elementos ideológicos que subyacen en su discurso y el modo en que ejercen poder sobre otros, sea legítima o ilegítimamente (con su acuerdo o sin él).

El concepto de *campo discursivo*, comúnmente empleado en la teoría del discurso, parte de la categoría de uso lingüístico. Descrito por el sociolingüista M.A. Halliday, esta noción le imprime sentido a los estudios que se ocupan de las distintas formas discursivas, como la jurídica, la política o la económica, atendiendo a los sujetos que se adscriben a ellas, al espacio en que profieren el discurso e intercambian signos lingüísticos. El analista del discurso se ocupa, precisamente, de un campo discursivo. Más aún, puede interesarse en un subcampo discursivo, tal y como hacemos nosotros al ocuparnos del DJUR como manifestación del DJ.

La noción de campo discursivo es próxima a la de *género discursivo*. Es cierto que ambas se vinculan porque se refieren a la especificidad de una forma discursiva. Sin embargo, en la noción de género discursivo se parte de un intento de clasificación, lo más rigurosa y exhaustiva posible, de la variedad de formas discursivas. Como criterios de clasificación pueden emplearse los participantes que intervienen, las circunstancias tempoespaciales de enunciacón, los medios o soportes empleados para comunicar, los tópicos tratados, la duración y presentación del discurso, etcétera. Generalmente, prevalecen los criterios de los participantes, el espacio o contexto y el tópico tratado. Una utilidad clave de los géneros discursivos es que nos permiten determinar a qué tipo de discurso se refiere una enunciacón.

Coherencia y cohesión, por su parte, son dos nociones próximas en significado que poseen una importancia radical en nuestra investigación. Ambas se refieren a dos propiedades que deben hallarse presentes en todo texto para garantizar que sea comunicable.

La cohesión es una cualidad de un enunciado o conjunto de enunciados. Se refiere al cumplimiento (o incumplimiento) de reglas sintácticas, es decir, reglas sobre la forma en que los enunciados deben construirse para tener sentido en una lengua. En un texto faltará cohesión

cuando sus enunciados violenten las reglas sintácticas. Ahora bien, la coherencia es una propiedad de los conceptos que integran los enunciados, sus definiciones y relaciones lógicas (inclusión, exclusión, intersección o analogía). Se falta a la coherencia cuando, por ejemplo, se define un mismo concepto en términos contradictorios. Así,

La cohesión es la trabazón morfosintáctica del texto y se puede entender como una concordancia supraoracional. En cambio, la coherencia es su estabilidad conceptual, es decir, la coherencia dirige su campo de acción hacia los conceptos y las relaciones, mientras que la cohesión tiene que ver con los elementos lingüísticos que contribuyen a mantener la coherencia. Los conceptos son configuraciones de contenido cognitivo... y las relaciones son los vínculos que los conceptos... establecen entre sí en un texto. Aunque podemos encontrar textos coherentes con problemas de cohesión... y a la inversa, textos incoherentes con una buena cohesión..., las dos están relacionadas de modo tal que algunos lingüistas engloban los recursos de las dos bajo el epígrafe de ‘cohesión’, y otros, los menos, sólo hablan de ‘coherencia’, conocida en la retórica clásica con el nombre de *sindéresis*. (ALCARÁZ VARÓ, 1997: 117)

La lingüística textual es la disciplina que se ocupa de los conceptos aquí examinados. El AD, sobre todo del discurso escrito (texto), se sirve de las definiciones de la doctrina. Cohesión y coherencia se vinculan con lo que los teóricos del texto denominan la *textura discursiva*. Al referirse a esta noción, lo que quiere decirse es que todo texto posee una disposición interna con un sentido propio, creando una “trama”. De hecho, la noción de cohesión, procedente de la Física, se asocia a la fuerza que mantiene unidas entre sí a las moléculas. Existe una idea común tanto en la lingüística como en la Física: la *continuidad* de sentido es lo propio de la cohesión.

Se afirma que todo texto posee una continuidad entre sus elementos, una especie de cohesión interna que le da sentido al conjunto. Para explicar tal propiedad se habla de la *textura*. Con tal noción se devela la trama única que posee un texto y le aporta su sentido. Ahora bien, la lingüística textual ha establecido una serie de principios cuyo objetivo es describir cuáles son las propiedades generales que todo texto debe poseer para garantizar que la continuidad esperada entre sus elementos no sea rota o alterada. Si así aconteciera, el lector de un texto se vería imposibilitado de entender su sentido. De Beaugrande, citada por Calsamiglia, explica el alcance de esta idea:

Si el concepto de significado se emplea para designar la capacidad de una expresión lingüística... para representar y para transmitir conocimientos..., entonces puede usarse el término sentido para referirse al conocimiento que se transmite de manera efectiva mediante las expresiones que aparecen en el texto... Un texto ‘tiene sentido’ porque el conocimiento activado por las expresiones que lo componen va construyendo, valga la redundancia, una continuidad de sentido... La continuidad del sentido está en la base de la coherencia, entendida como la regulación de la posibilidad de que los conceptos y las relaciones que

subyacen bajo la superficie textual sean accesibles entre sí e interactúen de un modo relevante. (CALSAMIGLIA & TUSÓN, 2002: 222)

La búsqueda de un sentido en todo texto es tal que la doctrina ha ideado el concepto de *presunción de coherencia*. Esta presunción supone que todo lo que un emisor produce refleja un comportamiento racional. La presunción de coherencia rechaza el absurdo como posibilidad en un texto. Si bien puede discutirse acerca de la verdad empírica de esta presunción (piénsese, verbigracia, en los textos poéticos), lo cierto es que los textos jurídicos están imbuidos de un deber de coherencia interna. Más aún, de todo texto jurídico se espera claridad, pertinencia y coherencia, dado que con él se pretende normar las conductas humanas. Esta tarea sólo puede justificarse, en nuestros Estados de derecho, a través de un acto de justificación racional.

B) NUESTRO MODELO TEÓRICO SOBRE EL DISCURSO JURÍDICO: SU ASIDERO EN LA TEORÍA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA

1. Los modelos teóricos del discurso jurídico

Hasta aquí, hemos empleado regularmente el concepto de discurso. Es el momento de reflexionar acerca de las cualidades propias del DJ; de exponer los modelos teóricos sobresalientes que intentan explicar su naturaleza, señalando cuáles influyen en nuestro pensamiento y, finalmente, de indicar los fundamentos de nuestro propio modelo acerca del DJ.

Definir el concepto de DJ es, en sí mismo, un problema de investigación bastante azaroso. Este hecho se corrobora al confrontar los trabajos publicados al respecto. Como ocurre en el campo de la ciencia jurídica, en donde “todavía hoy los juristas buscan una definición de lo que es derecho”, en el terreno del DJ no existe un consenso acerca de su contenido. Un célebre teórico del derecho contemporáneo decía, al respecto del problema de definir el concepto “derecho”, que las distintas nociones conocidas “... Arrojan una luz que nos hace ver mucho que permanecía oculto en el derecho; pero la luz es tan brillante que nos ciega respecto del resto y seguimos así sin una visión clara del conjunto.” (HART, 1998: 3)

No deseamos que el reproche hartiano se extienda hasta estas líneas. Inspirándonos en Manuel Atienza, “... No empezaremos por definir lo que es el Derecho (ni siquiera por definir lo que sea definición, que dejaremos para un poco más adelante), sino por apelar a las distintas experiencias y nociones que cualquiera que lea estas páginas tiene a propósito del Derecho...” (ATIENZA, 2000: 10) Efectivamente, no comenzaremos por definir lo que es el DJ ni tampoco el DJUR. Sus

elementos irán perfilándose a lo largo de la investigación. Así, evaluaremos su peso específico a la luz de los precedentes judiciales examinados. No debe perderse de vista que nuestro objeto central de estudio es *entender cómo opera el DJUR y cuáles son sus cualidades*. Para ello nos serviremos, básicamente, de los principios y reglas del discurso propuestos por la doctrina.

Consideramos que los modelos predominantes pueden describirse así: **1)** el DJ explicado como un hecho lingüístico, compuesto por un conjunto de enunciados; **2)** el DJ como manifestación de la razón práctica; **3)** el DJ como argumentación; **4)** el DJ como vehículo expresivo institucional; **5)** el DJ como manifestación de ideologías. Como todo modelo teórico, privilegia ciertos aspectos y oculta otros. Tratamos, en las líneas que siguen, de circunscribir las características medulares de cada uno.

El DJ ha sido considerado como un *hecho lingüístico*. Como hecho, se trata de un acontecimiento que sucede en el tiempo y en el espacio. Por tanto, puede verificarse su existencia empíricamente (verbigracia, a través de un texto legal o de una sentencia). Es un hecho *lingüístico* en donde resalta el *uso* que hacen ciertos hablantes del lenguaje como medio expresivo. Ahora bien, desde la lingüística a dicho discurso se le puede calificar de *jurídico* en razón del contexto o situación de enunciación en el que aparece. Se recordará que el contexto posee dos dimensiones, la lingüística y la no lingüística (normas, valores, fines, creencias). Por tanto, merced a las categorías de “uso” y “contexto” lingüísticos es posible identificar el tipo de discurso al que nos referimos. Asimismo, contamos con la categoría de “acto de habla” para fijar la peculiaridad del acontecimiento denominado “DJ”, partiendo de una identificación y descripción de las formas empleadas comúnmente (por ejemplo, en los textos del legislador o del juez) y, después, de su tipología.

Como se resaltaré en esta investigación, el precedente puede ser estimado como un hecho lingüístico en donde el juzgador habla a otros a través de su argumentación (locución). Al actuar así, el juez busca algo más que decir cosas con palabras. Persigue, efectivamente, el que otros adopten ciertas conductas (ilocución). Finalmente, la decisión judicial produce consecuencias efectivas en el mundo real (perlocución). La sentencia existe para ser conocida y cumplida en sus términos. Vista como pieza lingüística, su examen puede considerar los modos en que el lenguaje se desenvuelve en la decisión judicial.

La noción del DJ como manifestación de la *razón práctica* acentúa la capacidad *realizativa* del lenguaje, esto es, el poder de las palabras para inducir ciertas conductas en la vida real. La razón teórica se asienta en la especulación y la intuición; la sede de la razón práctica es, en cambio, el pensamiento en acción. Al hablarse del DJ como una forma de la razón práctica se quiere decir, en otros términos, que el pensamiento se traslada de la esfera personal a la interpersonal, suscitando un diálogo racional entre hablantes. Tanto el derecho positivo como el discurso comparten la nota común del lenguaje como medio de representación el mundo.

Recordemos que la etimología misma de “discurso” encierra la idea de “acción” (el término se inspira en el verbo *correr*). El DJ, desde este punto de vista, es el medio de la razón práctica que aporta fundamentos para actuar de cierta manera. Es, según Ferrater Mora, una razón activa, una razón de obrar:

... la razón como facultad puede ser entendida como capacidad activa o como capacidad pasiva, como actividad intuitiva o como capacidad discursiva; la razón como principio de explicación de las realidades puede ser una razón de ser, una razón de acontecer, o hasta una razón de obrar... (FERRATER MORA, 1986: 2775)

Cercano a los dos modelos anteriores, figura la concepción teórica del DJ como *argumentación*. En otra sección hemos precisado la importancia que posee la argumentación en el mundo contemporáneo. La vida del derecho impone un deber de fundamentación racional de las decisiones que pueda ser comprendida por cualquiera y, en su caso, aceptada por la mayoría. A través de los argumentos se explica, persuade y convence. Así, una visión del DJ como argumentación significa examinar el tipo de razones o pruebas aducidos para justificar acciones. El principio de universalidad adquiere una importancia singular para sustentar toda decisión jurídica:

Afirmar de una decisión que satisface el requisito de la universalidad... supone reconocer que esa decisión tiene implicaciones hacia el futuro... la universalidad presupone el compromiso de resolver del mismo modo todos los casos iguales al que se ha decidido. Para explicar este compromiso con el futuro puede recurrirse a dos expedientes distintos... El primero de ellos supone ver la universalidad como condición de posibilidad de cualquier discurso racional, sea éste teórico o práctico. El segundo, ver la universalidad como condición de la igualdad formal en el ámbito normativo... desde la primera perspectiva, el compromiso representado por la universalidad podemos expresarlo –recurriendo a las palabras utilizadas por Robert Alexy- del siguiente modo: ‘Si se aplica un predicado F a un hecho... **a** se debe estar dispuesto a aplicar F a cualquier otro hecho igual a **a** en todos los aspectos relevantes.’ Ello es así... pues en otro caso la comunicación simplemente devendría imposible. Desde la segunda perspectiva, la valorativa, el requisito de la universalidad se nos presenta como una condición de la igualdad formal. La igualdad formal supone que todos aquellos que se hallen en las mismas circunstancias relevantes deben ser tratados de la misma manera. En este contexto... el compromiso que la universalidad supone hacia el futuro es el de la igualdad de trato. (AGUILÓ, 2000: 110)

En sentido amplio, una perspectiva del DJ como argumentación comprende indagar y entender los mecanismos de justificación de los enunciados esgrimidos por un hablante. Este hablante suele sostener lo que ha sido descrito como una “pretensión de corrección” o, incluso, una “pretensión de validez”. Conforme a estas nociones teóricas, quien sostiene un discurso sirviéndose de argumentos (razones que fungen como justificación para otras razones) cree en la verdad de lo que

afirma. Más aún, tratándose del DJ, quien lo enuncia cree que la decisión adoptada vincula a terceros cuando el emisor es un agente institucional, como el legislador a través de la ley y el juez conforme a la sentencia. Es evidente que la idea de racionalidad es sustantiva en este enfoque:

El término ‘racional’ significa que una proposición, una norma o una valoración es justificable mediante una argumentación apropiada... una decisión es racional si se basa en un determinado conocimiento y en determinadas valoraciones. Cuando preguntamos si una decisión ha sido apropiadamente inferida de sus premisas, estamos hablando de la racionalidad interna; cuando preguntamos si las premisas han sido aceptadas correctamente, estamos hablando de la racionalidad externa de la decisión... La calificación de un argumento ha de relativizarse a un determinado tipo de audiencia... y a un determinado tipo de situación... (WRÓBLEWSKY, 2001: 46)

El ejercicio de la argumentación en el DJ se ve limitado, al menos, desde dos puntos de vista. El primero es de carácter *ético* y consiste en el respeto irrestricto a la idea de la dignidad humana, tal y como lo preconiza el derecho internacional público. Este es un límite sustancial. El segundo se sustenta en el *principio de legalidad*, típico de los Estados de derecho, que impone el deber de fundar todo acto de autoridad en normas jurídicas creadas con anterioridad al momento de su aplicación específica. Este es un límite formal-procedimental.

El DJ ha sido concebido, por otro lado, como un *decir institucionalizado*. Esta perspectiva lo sitúa como una práctica social compleja basada en una cierta idea de orden. En el caso del DJ, la noción de “orden” está ligada a conjunto normativo cuyo objeto es regular las conductas humanas conforme a ciertos valores y fines.

Conforme a lo anterior, todo ordenamiento jurídico-positivo puede ser concebido como una institución social caracterizada por: 1) una forma o estructura más o menos permanente cuyo propósito es materializar una idea de orden social; 2) un conjunto de normas que orientan la conducta humana; 3) un orden de cosas fundado en una organización social, en la idea de autoridad y en procedimientos para la adopción de decisiones. Así, a través de la legislación y la jurisdicción se crean formas discursivas prototípicas como la ley y la sentencia, respectivamente. Las primeras son fuentes de producción normativa; las segundas, su resultado o producto institucionalizado. Por “fuente” entendemos todo hecho o acto jurídico cuyo resultado es la creación de normas jurídicas (AGUILÓ, 2000: 51) Estudiar al DJ como un decir institucionalizado impone plantear el problema de las fuentes del derecho. Así, el DJ es dependiente de las fuentes del ordenamiento, a saber:

- a) Normas que provienen de autoridades políticas, tales como las leyes, los reglamentos, etc....

- b) Normas que provienen de autoridades jurisdiccionales. Como se sabe los jueces dictan sentencias, esto es, producen resultados institucionales, cambios normativos que afectan a las partes del proceso; pero a los efectos del discurso sobre las fuentes lo que nos va a interesar no es eso, sino la creación judicial de normas generales.
- c) Normas que provienen de ciertas prácticas sociales, como las costumbres jurídicas.
- d) Y, finalmente, normas que provienen de la elaboración racional del propio Derecho, tales como las llamadas normas implícitas, los principios generales del Derecho, etc. (*Ibidem*: 67)

La distinción entre el discurso del legislador y el discurso del juez es que el primero, como afirma Aguiló, tiene por objeto fijar y modificar el contenido del derecho; el segundo, hacerlo efectivo. Asimismo, en general el legislador no está constreñido por lo que determinó en el pasado, si bien debe respetar la jerarquía normativa, la irretroactividad de la ley y la intangibilidad de los derechos fundamentales. Ahora bien, para el juez el deber de coherencia respecto del orden normativo opera hacia “el pasado” y hacia “el futuro”. El juzgador debe procurar la estabilidad en la aplicación del derecho positivo y, en caso de variar su criterio, está obligado a fundamentar el cambio, explicando la naturaleza del error jurídico-interpretativo observado en su propio precedente. Finalmente, el legislador no es independiente de los intereses que representa, signo de la complejidad social coyuntural; el juez, en cambio, debe ser independiente respecto de los intereses advertidos en el proceso.

El quinto modelo teórico sobre el DJ es el que lo concibe como un *portador de ideologías*. Aquí, las preguntas claves son: ¿quién profiere el discurso, y desde qué posición de poder?; ¿por qué se dice lo que se dice?; ¿por qué se cree correcto lo que se asevera?; ¿en qué presupuestos pragmáticos reposan las aseveraciones? Esta perspectiva resalta la importancia de los procesos sociales de producción del DJ. El participante adquiere un rol determinante ya que el estudio de sus intereses, motivaciones y valores enriquece la explicación de la mecánica del DJ. Así,

Efectivamente, resulta imposible desligar a un DJ de las condiciones sociales en las que se inscribe. Tanto la Sociología como la pragmática reconocen la importancia de describir y analizar el contexto de producción de un discurso. Como refiere Mabel Piccini, “El objetivo es... poner en relación el discurso con sus condiciones de producción tratando de mostrar cómo, a través de qué operaciones, esas condiciones de producción dejan sus ‘marcas’ en la superficie discursiva... estas condiciones son aquéllas que constituyen los principios básicos de inteligibilidad de la vida social, fundamentalmente los procesos económicos, políticos e ideológicos, como campos de relaciones de fuerza y de poder en una coyuntura histórica precisa y sus modalidades de acción específica en el conjunto de las instituciones sociales que sirven de soporte material a las relaciones discursivas... Esos hechos que remiten a la situación del mensaje incluyen, además, el lugar social que ocupan los emisores en la trama de las relaciones de clase... y la concepción que dichos emisores tienen de los destinatarios... (PICCINI, 1983: 8-9)

Para el modelo del DJ como ideología, todo discurso se produce desde una posición social. En él subyacen intereses, motivos y valores que lo definen. En versiones claramente neomarxistas de esta orientación teórica se afirma, incluso, que el DJ es un medio al servicio de la clase dominante en un cierto periodo histórico. Con ello se delata el perfil político del DJ considerada, desde este punto de vista, como una herramienta para el ejercicio del poder. Es indudable que, al pensar de tal suerte el DJ, aparece el problema de la legitimidad del derecho positivo como instrumento de control social. ¿Cuál es el propósito del derecho y en qué forma modela la conducta humana? ¿Conforme a qué fines? ¿Son captados y aceptados por la mayoría? ¿Es autoritario o democrático el DJ? He aquí algunas cuestiones derivadas de este enfoque de claros contornos sociológicos.

Habiendo expuesto las principales orientaciones teóricas del DJ, conviene ahora señalar cuáles son los modelos más afines a nuestro pensamiento para, seguidamente, apuntar los fundamentos de nuestro enfoque. Así, examinamos a dos autores contemporáneos de notoria influencia: el alemán Robert Alexy y el español Manuel Atienza.

2. El derecho como discurso: Robert Alexy

Nuestro enfoque conceptual acerca del discurso está influido por la tesis que Robert Alexy expone, medularmente, en su obra **Teoría de la argumentación jurídica**. Algunas de las nociones allí contenidas, como la de *pretensión de corrección*, han sido objeto de controversia (ALEXY, 2001) Otras, como el principio de universalidad, están influenciadas por trabajos de connotados pensadores. Su trabajo es un claro ejemplo de lo que puede denominarse un “discurso sobre teoría del discurso” más que un ejemplo de análisis de una forma discursiva sirviéndose de textos.²

² Efectivamente, una de las tesis contemporáneas más influyentes acerca del concepto de “discurso jurídico” es la expuesta en la clásica obra *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Concebida originalmente como tesis doctoral en el año de 1976 y publicada dos años después, situó al jurista alemán Robert Alexy como una de las principales referencias intelectuales del mundo occidental en la materia. Preocupado por lo que podría denominarse los fenómenos deficitarios de racionalidad en la argumentación (vaguedad del lenguaje, “lagunas” normativas, antinomias, conflictos axiológicos), Alexy apuesta por una teoría de la argumentación jurídica capaz de relacionar la certeza con la legitimidad en las decisiones jurídicas. Como en otros casos, nuestro autor prefiere examinar el campo de la aplicación judicial del derecho. De hecho, inicia su exposición citando un célebre caso del Tribunal Constitucional alemán. Sin embargo, y a diferencia de autores como Neil MacCormick, Alexy construye “desde arriba” su teoría, esto es, desde un entramado de principios y reglas, formalistamente, fiel a un método deductivo-inductivo, tal y como lo ha hecho notar su traductor el español Manuel Atienza. Alexy y

A nuestro juicio, la teoría del discurso expuesta por Alexy nos interesa en un doble sentido. Primeramente, por su concepción del derecho como un discurso, resaltando el problema de la decisión jurídica fundamentada. Seguidamente, por el planteamiento de principios y reglas comunes a toda forma de discurso práctico general, pero también los específicos al DJ, mismos que utilizaremos en esta investigación.

Como lo explica Alexy, su investigación sobre la argumentación jurídica comienza por inquirirse "... si la jurisprudencia dispone de un canon de reglas susceptibles de consenso, que permitan un control racional e intersubjetivamente comprobable, de la actividad de decisión jurídica. La base de mi respuesta es la tesis de que la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctica en general, caracterizada por su vinculación a la ley, al precedente y a la dogmática. El resultado de mis investigaciones lo he resumido en un sistema de reglas y formas de la argumentación práctica (moral) general y de la argumentación jurídica. La meta que me había propuesto era, por una parte, la explicación analítica de la estructura de la fundamentación jurídica y, por otra, la exposición de la forma y de los límites dentro de los cuales la argumentación jurídica es racionalmente posible." (Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1984: 15)

Alexy se interesa por la filosofía práctica y su vinculación con la filosofía y la teoría jurídicas. Partiendo de una concepción procedimental de la razón práctica, las preguntas centrales que recorren su investigación sobre la argumentación jurídica son: ¿cuál es el nexo entre el discurso práctico en general y el discurso jurídico en particular?; ¿es posible un modelo teórico que, desde la teoría del discurso, estructure racionalmente la toma de decisiones jurídicas?; ¿en qué principios y reglas reposa tal modelo?; ¿sobre qué pretensión de corrección se edifica la razón práctica jurídica?

Una característica del derecho es que establece procedimientos para la adopción fundamentada de soluciones a los conflictos de intereses que oponen a las personas. El que dichas soluciones sean fundamentadas entraña que cualquier hablante pueda identificar las razones esgrimidas por otros y, en su caso, tener la oportunidad de debatirlas en un espacio determinado. Sin embargo, la búsqueda de la mayor racionalidad posible no impide la existencia de fenómenos de irracionalidad, ni tampoco basta para eliminar los conflictos. Piénsese, verbigracia, en las lagunas, las antinomias y la ambigüedad del lenguaje del legislador. La indeterminación y la incongruencia son fenómenos que ocurren en el lenguaje común y en el jurídico. Sin embargo, puesto que en el derecho resulta preciso adoptar decisiones fundadas racionalmente, cabe preguntarse si es viable un modelo teórico que contribuya a lograr dicho objetivo. La indeterminación, las incongruencias lógicas o la existencia de valoraciones opuestas en los casos difíciles siempre existirán, pero es

MacCormick coinciden en afirmar que la argumentación puede contribuir a la adopción de decisiones racionales.

mejor contar con un modelo que permita orientar la búsqueda y hallazgo de soluciones fundamentadas que carecer de él.³ Ésta la vocación mayor de la teoría de Alexy sobre la argumentación jurídica, la cual hacemos nuestra. Nuestro propósito, al referirnos aquí a dicho modelo, es constatar su utilidad en el marco de la presente investigación centrada en el análisis de una de las formas en las que el discurso jurídico se manifiesta, a saber en la creación de reglas a través del discurso jurisprudencial.

Alexy define su concepción teórica del discurso como “procedimental universalista” concebida en los términos siguientes:

La teoría del discurso es una teoría procedimental. Por ello, la concepción de la racionalidad de la teoría del discurso es la de una racionalidad procedimental universalista. También las teorías contractualistas de tradición hobessiana... son teorías procedimentales. Según ellas... una norma es correcta sólo si puede ser el resultado de un determinado procedimiento. La diferencia reside en la configuración del procedimiento. El procedimiento de las teorías contractualistas es un procedimiento de negociación; el de la teoría del discurso, un procedimiento de argumentación. En el centro de la teoría contractualista se encuentra el concepto de la decisión racional... El concepto núcleo de la teoría del discurso es el concepto de juicio racional. Este es definido a través del concepto de fundamentación racional o argumentación. A su vez, esta última es definida a través de la idea del discurso racional.

Un discurso práctico es racional si satisface las condiciones del argumentar práctico-racional. Estas condiciones pueden ser resumidas en un sistema de reglas del discurso. La razón práctica puede ser definida como la facultad que permite llegar a juicios prácticos de acuerdo con este sistema de reglas.

Las reglas del discurso pueden ser clasificadas de múltiple manera. Aquí es conveniente una división en dos grupos: reglas que se refieren directamente a la estructura de los argumentos y reglas cuyo objeto inmediato es el procedimiento del discurso... (ALEXY, 1997: 136-137)

³ La existencia de los llamados “casos difíciles” es uno de los problemas que atraen la atención de la teoría jurídica contemporánea y guarda una relación estrecha con la adopción de una decisión fundamentada. Una manera de entender lo que son los casos difíciles es ésta: “... son aquellos en donde jueces o abogados igualmente razonables y competentes podrían arribar a conclusiones distintas sobre el resultado... la dificultad o facilidad de un caso podría ser considerada a partir de algunas variables: la cantidad de personas (igualmente competentes) que estaría de acuerdo con el resultado; la rapidez con la cual un juzgador determinado llega a una conclusión, y la seguridad o certeza con la cual se afirma dicha conclusión.” Véase: BIX, Brian H., *Diccionario de teoría jurídica*, UNAM, México, 2009, voz “casos difíciles”.

El modelo *procedimental-universalista* de Alexy se apoya en la argumentación como medio para alcanzar decisiones fundamentadas racionalmente. El objetivo es encontrar un modelo que pueda pasar la prueba de la argumentación racional. No menos racionalidad, sino más y mejor fundamentada con apoyo en procedimientos claros a fin de solucionar los conflictos de intereses. No se trata, conviene puntualizarlo, de establecer de una vez por todas una solución unívoca a todo conflicto posible. Sin embargo, sí es imperativo contar con reglas que permitan organizar la comunicación entre hablantes de modo que éstos puedan alcanzar la solución más plausible a los conflictos que los enfrentan, al ser éstos frecuentes en la vida diaria: “... La cuestión es –sostiene Alexy-, dónde y en qué medida son necesarias valoraciones, cómo debe ser determinada la relación de éstas con los métodos de la interpretación jurídica y con los enunciados y conceptos de la dogmática jurídica, y cómo pueden ser racionalmente fundamentadas o justificadas estas valoraciones. (ALEXY, 2008: 28)

La propuesta contenida en la **Teoría de la argumentación jurídica** confía en el poder de la razón práctica para la solución de conflictos. Al proponer Alexy un modelo sustentado en la ética discursiva, el diálogo y la argumentación, parte del reconocimiento de la igualdad de los hablantes y su derecho a participar libremente en un debate. Así, postula que “... se debe exigir un modelo que, por un lado, permita tener en cuenta las convicciones extendidas y los resultados de las discusiones jurídicas precedentes y, por otro lado, deje espacio a los criterios de lo correcto. La teoría a desarrollar aquí pretende, entre otras cosas, ofrecer tal modelo.” (ALEXY, 2008: 31)

Para situar su propio enfoque, Alexy pasa revista a las propuestas teóricas formuladas hasta entonces (fines de los años setenta del siglo XX). Considera que ninguna de ellas se ha interesado en la formulación empírica del problema. Un punto central de coincidencia entre los trabajos de Alexy y el nuestro es que, en ambos casos, nos interesamos en la decisión jurídica (sus formas y fundamentos), tomando como referente la decisión judicial. Para el autor alemán, una investigación ideal es aquélla que vincula una propuesta normativa (sobre las reglas del DJ) con una empírica (indagación sobre el DJ en acción en un campo específico de enunciación). Creemos, como él, que

... son necesarios estudios analíticos sobre la estructura argumental de las diferentes decisiones y de las discusiones científicas, sobre las reglas seguidas y formas de argumentos usados en las diversas áreas jurídicas, así como sobre la estructura de la argumentación en el proceso. Estas investigaciones analíticas se deberán completar con investigaciones empíricas sobre la acción de tomar una decisión jurídica. (*Ibidem*: 46)

El trabajo del autor se inserta en la denominada “ética del discurso” basada en el presupuesto de “... la construcción intersubjetiva del objeto de conocimiento y la creación de unas reglas procedimentales que avalen la corrección del discurso. En la primera cuestión ha sido importante la aportación de Apel; en la segunda, la de Habermas...” (SORIANO, 1997: 190) La ética del discurso sustenta las tesis siguientes:

a) en el discurso cada sujeto de habla tiene las mismas oportunidades que cualquier otro para exponer su argumento con pretensión de validez; b) el discurso se sustancia en un intercambio de argumentos racionales aportados por quien lo desee en condiciones de libertad e igualdad; c) el discurso se desarrolla en unas óptimas condiciones, en una situación ideal de habla, siendo básica la ausencia de coacciones; y d) el argumento alcanza validez cuando es aceptado por todos los participantes y salva la prueba del principio de universalidad, consistente en que todos puedan querer una aplicación general de dicho argumento, examinadas sus consecuencias. (*Ibidem*: 191)

Conviene ahora señalar y describir algunas de las tesis capitales del trabajo de Alexy que compartimos, ponderándolas a la luz de nuestro objeto de investigación. En algunos casos, en aras de una mejor comprensión, aportamos algunas notas relacionadas con la génesis de las nociones empleadas por el autor. Las tesis mayores del modelo de Alexy se construyen sobre las aseveraciones siguientes: a) la “necesidad del discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso práctico general”; b) la “coincidencia parcial en la pretensión de corrección”; c) la coincidencia “estructural” en las reglas y formas del DJ comparadas a las del discurso práctico general y d) la necesidad que posee el DJ de servirse de la argumentación práctica general. (ALEXY, 2008: 273) A continuación, exponemos dichas tesis detallando sus conceptos clave así como los argumentos que las apoyan. En primer término, presentamos una síntesis de la tesis y sus premisas básicas, para después desarrollarlas con mayor detenimiento.

Tesis 1. La razón práctica es la facultad humana que permite la adopción de decisiones fundamentadas, expresándose a través de la argumentación. No basta con tomar decisiones, sino que éstas deben justificarse apropiadamente, lo que le imprime sentido a la decisión.

El concepto clave inserto en esta primera tesis es el de *razón práctica*. Como en Alexy, es la noción filosófica sustantiva que guía nuestra investigación. La razón, cualidad humana, se revela a través de la operación del juicio. Sea que entendamos al juicio como la “facultad que permite distinguir lo verdadero de lo falso”, sea como la “operación del entendimiento que consiste en comparar dos objetos o dos conceptos para conocer y determinar sus relaciones” o simplemente como el “acto de la mente expresado a través de una proposición” (DE GORTARI, 2000: 274), lo cierto es que el juicio es el vehículo de la razón práctica.

Las dos cualidades de la razón práctica consisten en: **1)** un acto de ponderación de alternativas de conducta posibles que culmina en la elección de una de ellas; **2)** un acto de fundamentación racional que justifica el por qué se ha adoptado una de las alternativas posibles descartando otras. En el concepto de Alexy, por “razón práctica” se entiende la facultad humana que permite adoptar juicios prácticos sobre qué debemos hacer o no hacer apoyándonos en un sistema de reglas del

discurso. Lo que hace a un discurso ser racional es el que satisfaga ciertos principios y reglas básicos.

Referirse a la razón práctica evoca el pensamiento kantiano. Según Kant, interpretado por Muñóz y Velarde, "... la razón se hace práctica allí donde no se limita a constituir judicativamente lo recibido, sino que produce actos. Esta capacidad productiva de la razón, en la que consiste su autonomía, está regida por el llamado 'interés práctico' de la razón. Así como la forma aristotélica de elucidar las relaciones entre teoría y práctica consiste en una valoración comparativa de las respectivas formas de vida, el modo kantiano de plantearse ese problema se lleva a cabo mediante un análisis de los intereses que guían la actividad de la razón a modo de 'objetivo final'... Los intereses de la razón (especulativo, práctico y mixto) se expresan en las tres conocidas cuestiones que dan sentido a la actividad de la razón: '1. ¿Qué puedo saber? 2. ¿Qué debo hacer? 3. ¿Qué puedo esperar?'..." (MUÑÓZ & VELARDE, 2000: 466)

El ámbito de la razón práctica se sitúa en la segunda cuestión: *¿qué debo hacer?* Esta pregunta supone la existencia de una voluntad pensante y de una libertad que puede elegir. De ahí que suela conceptuarse a la razón práctica como la cualidad humana de elegir qué hacer o dejar de hacer conforme a ciertos fines.

Hablamos de "discurso práctico" cuando resaltamos la capacidad del lenguaje para suscitar conductas en el mundo (y no sólo representárselo conceptualmente). Realizar una investigación sobre el discurso quiere decir, al menos, dos cosas: describir y explicar la noción de "discurso" desde el ámbito de un modelo teórico, pero también trasladar esos objetivos metodológicos a *un determinado discurso* en un ámbito de enunciación dado. Por tanto, cuando se está ante investigaciones sobre cómo la razón práctica se actualiza como discurso pueden adoptarse dos vías: la que concibe al discurso desde su dimensión teórica y la que lo entiende desde su perspectiva práctica.

A través del discurso, la razón se proyecta sobre la vida para comprenderla y dominarla. El discurso revela la existencia de la razón cuando estamos ante argumentos en donde se pondera, explica, distingue y compara. Del ámbito abstracto de la conciencia que se piensa a sí misma avanzamos hacia los modos en que dicha conciencia se realiza en el mundo gracias a la libertad. La explicación y justificación de este proceso se encuentra contenida en el acto de discurrir, esto es, *en el momento en que la razón teórica se torna razón práctica*. Así, los actos consistentes en "dar razones", "fundamentar" o "tener razón" se apoyan en el discurso como actualización del lenguaje en un contexto determinado. De ahí que afirmemos la tesis de que **el discurso es el signo de la razón**.

Cuando Alexy se refiere al concepto de “discurso práctico” está presuponiendo el de “razón práctica”. El discurso es el medio de realización de la razón, sea que ésta especule teóricamente sobre las cosas, sea que delibere sobre cuál es la conducta que debe seguirse en una situación determinada. Asimismo, supone implícitamente el dualismo conceptual ya señalado, a saber el de razón teórica-razón práctica.

Si contrastamos la razón práctica con la teórica, puede decirse que la primera se relaciona con el modo en que nos comportamos efectivamente al tomar decisiones. La segunda, con principios y reglas acerca de cómo *deberíamos* comportarnos en un caso dado. El DJ oscila entre estas dos dimensiones: lo dado y lo dándose, sin olvidar que toda discusión –y toda decisión- relacionada con el derecho positivo está limitada por las fuentes normativas. A esto lo denomina Alexy “el ámbito de lo discursivamente posible en el derecho”.

Si el acto de deliberación es la primera cualidad de la razón práctica, la segunda lo es el acto de fundamentación, esencial en el DJ. Alexy destaca el hecho de que el DJ está sometido a un deber de *fundamentación racional* cuyo fondo axiológico es la seguridad y el bien común. Si no se justifica, en cada caso, en qué medida dicha decisión aspira a realizar la seguridad y el bien de todos, quien la sostuviera carecería de legitimidad para imponerla.

Aquí nos interesa elucidar cómo el lenguaje, visto como discurso en el ámbito del derecho, se emplea para la **toma de decisiones fundamentadas**. Desde el punto de vista lógico, toda fundamentación entraña aquello que “... determina la existencia y la razón de ser de un proceso...” (DE GORTARI, 2000: 214) Formalmente, la fundamentación lógica se apoya en principios y reglas que deben ser acatados por los usuarios a fin de que su argumentación sea coherente y aceptable. Visto así, no resulta extraño que Alexy se refiera a la necesidad analítica de un aparato conceptual de principios y reglas. En la argumentación jurídica, ambos contribuyen a “racionalizar” la adopción de decisiones que tienen, como pretensión, la de ser obedecidas. Para Alexy, el discurso práctico en general y el DJ en particular obedecen a las siguientes *reglas de fundamentación*:

- (2) Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.
 - (2.1) Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.
 - (2.2) a. Todos pueden problematizar cualquier aserción.
 - b. Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.
 - c. Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.

- (2.3) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en 2.1 y 2.2, mediante coerción interna o externa al discurso. (ALEXY, 2008: 189)

La regla más importante es la primeramente enunciada, la cual impone a todo aquél que profiere un discurso con pretensiones de decir algo con sentido el presentar las razones de su dicho. Las otras reglas son un complemento de la primera, ya que puntualizan la igualdad ideal de los hablantes (2.1) como condición de realización de una situación de diálogo, pero también destacan que el discurso práctico se construye sobre aserciones de distinto género (2.2) que pueden plantearse libremente evitando la coacción (2.3), ya que ésta nunca será fundamento de la argumentación racional. Cuando un hablante aduce razones para tratar un caso de manera distinta a cómo es generalmente aceptado, introduce información nueva en el discurso o ataca proposiciones que no son objeto del debate, Alexy considera que también está obligado a justificar el porqué actúa de tal suerte. Es así como aparecen las *reglas de carga de la argumentación*:

- (3.1) Quien pretenda tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo.
- (3.2) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.
- (3.3) Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos.
- (3.4) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa información o manifestación. (*Ibidem*: 191-194)

La regla expresada bajo el número 3.1 posee una fuerte carga ética. En efecto, dicha regla se sustenta en la tesis de la igualdad sustancial de los hablantes en función de su calidad de seres humanos dotados de dignidad. En el mundo contemporáneo resulta impensable concebir los derechos humanos sin la noción de dignidad. Si bien el concepto de dignidad vincula a todas las personas, Alexy no deja de reconocer que existen diversas formas de concebir la vida:

La tesis sobre la forma de vida más universal de la persona es conciliable con el hecho de que existen diferentes formas de vida. Pero afirma que todas las formas humanas de vida contienen necesariamente universales teórico-argumentativos que pueden ser expresados a través de las reglas del discurso. Puede suceder que, debido a tabúes, tradiciones o terror, estos universales tengan muy poca vigencia en la realidad. Pero sólo desaparecerían totalmente si los miembros de una forma de vida pierden completa y definitivamente su capacidad de formular la pregunta: ‘¿por qué?’. Por ello, las reglas del discurso no definen una forma particular de vida, sino algo que es común a todas las formas de vida con

prescindencia del hecho de que en ellas valgan en medida muy diferente... la teoría del discurso rastrea los potenciales de la razón existentes en la realidad humana... (ALEXY, 1997: 147)

Si la decisión jurídica se entiende como uno de los ámbitos del uso práctico de la razón y si la razón puede fundamentar dichas decisiones, entonces resulta capital construir un modelo que favorezca la adopción de la mejor decisión posible en el derecho. Como Alexy, creemos en el potencial de la razón y en la utilidad de un arsenal mínimo de principios que orienten la toma de decisiones fundamentadas. Creemos, igualmente, en la necesidad y utilidad del derecho como herramienta para la solución de conflictos sociales.

Tesis 2. En el ámbito del discurso jurídico, como también del discurso práctico en general, existe un deber de fundamentar toda aserción que sostenga un hablante. Quien habla en el discurso pretende que lo afirmado por él es correcto conforme a ciertos parámetros. Para Alexy, el DJ es un *caso especial* del discurso práctico general. Esa “especialidad” está dada por las condiciones limitadoras del DJ, a saber la obligada sujeción a las fuentes normativas vigentes dirigida, medularmente, a las autoridades del Estado.⁴ Asimismo, la especialidad del DJ se apoya en el argumento de la corrección en el derecho (*Richtigkeitsargument*), también designado como “pretensión de corrección”. Este argumento se sustenta en la tesis del vínculo necesario entre derecho y moral, resalta la búsqueda de la justicia y rechaza que puedan calificarse de “jurídicos” aquéllos mandatos “extremadamente injustos.”⁵

Definida la noción de “razón práctica” y su importancia en la teoría del discurso, se impone ahora la pregunta: ¿qué representa la peculiaridad del DJ frente al discurso práctico general? Asimismo, ¿en qué sustenta el derecho, en última instancia, la fuerza obligatoria de las decisiones jurídicas? En principio, Alexy reconoce el peso de las fuentes normativas en la toma de decisiones jurídicas. A éstas les reconoce el papel de “condiciones limitadoras” de lo que puede entrar al DJ:

... Lo que tienen en común los discursos jurídicos con el discurso práctico general consiste en que en ambas formas de discurso se trata de la corrección de enunciados normativos. Se fundamentará que tanto con la afirmación de un enunciado práctico general, como con la afirmación o pronunciamiento de un enunciado jurídico, se plantea una pretensión de corrección. En el discurso jurídico se trata de un caso *especial*, porque la argumentación

⁴ Sobre este aspecto del carácter “especial” del discurso jurídico, véase la *Teoría de la argumentación jurídica* (2008) de Alexy, notablemente las páginas 206 y siguientes.

⁵ Alexy desarrolla, también, una dimensión moral de la pretensión de corrección que atrajo la mirada crítica de los positivistas analíticos. Esta dimensión está claramente planteada en la obra *La pretensión de corrección del derecho* (2001), notablemente en las páginas 114 y 115. Esta manera de entender la pretensión de corrección del discurso jurídico sitúa a Alexy como un antipositivista en cuanto rechaza la tesis de la separación entre derecho y moral.

jurídica tiene lugar bajo una serie de condiciones limitadoras... entre éstas, se deben mencionar especialmente la sujeción a la ley, la obligada consideración de los precedentes, su encuadre en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada institucionalmente, así como... las limitaciones a través de las reglas del ordenamiento procesal. (ALEXY, 2008: 35-36)

Tanto en el discurso práctico general como en el DJ, todo hablante formula aserciones bajo la pretensión de que lo que afirma es correcto conforme a ciertos principios. El universo del DJ es un caso “especial” respecto del discurso práctico general, en primer término, porque existen fuentes normativas específicamente reconocidas en el Estado que delimitan qué es lo jurídicamente ordenado, permitido y prohibido. Ahora bien, aún cuando tanto el DJ como el discurso práctico general formulan una pretensión de corrección, en el caso del derecho se trata de una pretensión o aspiración a la justicia, entendida como un ideal valorativo cuyo contenido está abierto al debate.

La pretensión de corrección en el discurso práctico general puede definirse así: *una aserción o conjunto de aserciones que, en un ámbito concreto de la razón práctica, busca ser el fundamento de justificación racional de las decisiones que se adopten en dicho ámbito.* Alexy elige el acto lingüístico de la aserción porque en él se expresa característicamente la pretensión de corrección. Para Alexy, “... Cualquiera que formule una pretensión de corrección con un acto **a**, primero, *afirma* que **a** es correcto, segundo, *garantiza* que **a** puede ser justificado y tercero, *espera* que todos los destinatarios de la pretensión acepten **a**.” (ALEXY, 2001: 99)

Explicuemos, paso a paso, la nota precedente. Alexy sostiene que, quien asevera algo, cree que lo que dice es correcto y, en principio, no existen razones para considerar que miente (*cf. supra* el principio de sinceridad). El segundo elemento exige que toda aseveración que no haya sido discutida y adoptada previamente, debe ser justificada argumentativamente. El tercero se refiere al efecto que el emisor de un mensaje espera alcanzar en sus destinatarios. La argumentación posee un papel central cuando se aducen razones previamente establecidas como premisas o bien cuando se justifican las que se introducen en un debate determinado.

La pretensión de corrección que se plantea en los discursos jurídicos –aduce Alexy– se distingue claramente de la del discurso práctico general. No se pretende que el enunciado jurídico normativo afirmado, propuesto o dictado como sentencia sea sin más racional, sino sólo que en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundamentado...

... en todas las formas de discurso jurídico se efectúan fundamentaciones. Pero quien fundamenta algo pretende que su fundamentación es acertada y, por ello, su afirmación correcta. En el discurso jurídico, al igual que en el discurso práctico general, no resulta admisible afirmar algo y después negarse a fundamentarlo, sin indicar razones para ello. Con los enunciados jurídicos se plantea por tanto, como con los enunciados normativos

generales, una pretensión de corrección... Esta pretensión de corrección no decae por el hecho de que quien fundamenta algo persigue únicamente sus intereses subjetivos... El que yo, al hacer una promesa, tenga secretamente la intención de no cumplirla, no afecta a la obligación que surge objetivamente de la promesa. (ALEXY, 2008: 208)

El derecho existe para ser aplicado a casos concretos, resolviendo conflictos de intereses. La solución posible se construye en el ámbito de lo “normativamente existente”, esto es, circunscrita en las fuentes del ordenamiento positivo. Ello quiere decir que la “aceptabilidad” o “corrección” de una decisión jurídica depende, en primer término, del apego a las fuentes. Aquí estamos ante una manifestación “formal” del DJ: lo correcto de una decisión jurídica se determinará en función de su congruencia con el ordenamiento vigente. Así, “... A diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, esta pretensión no se refiere a que los enunciados normativos... sean absolutamente racionales, sino sólo a que pueden ser fundamentados racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente. La racionalidad de la argumentación jurídica, en la medida en que está determinada por la ley, es por ello siempre relativa a la racionalidad de la legislación...” (ALEXY, 2008: 274)

Se ha afirmado que la especialidad del DJ radica, particularmente, en la pretensión de corrección entendida como una pretensión de justicia. Esta afirmación entraña rechazar como genuinamente jurídico a todo sistema normativo que tenga como objetivo realizar la injusticia. En el plano opuesto, es decir el de la norma jurídica injusta o bien el de una decisión jurídica injusta, Alexy observa que puede ser simultáneamente obligatoria pero incorrecta a la luz de la pretensión de justicia que esgrime el derecho visto como un todo. Así, el que se aspire a realizar la justicia como ideal regulativo no significa que, en los hechos, sea imposible encontrar decisiones arbitrarias.

Coincidimos con Alexy en sostener que no todas las decisiones valen lo mismo en el derecho. Si algo significa la expresión “el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general” es precisamente que posee un doble límite: el formal, por cuanto debe atender al sistema de fuentes vigente, y el material, en la medida en que ha de aspirarse a realizar lo justo en el caso concreto. Creemos que la idea de “corrección” no se agota en el establecimiento de reglas y procedimientos para ejercer la autoridad en el Estado. Dichas reglas sólo establecen cómo debemos comportarnos, pero no aportan razones para justificar por qué debemos hacerlo de cierto modo y no de otro. En suma, la pretensión de corrección “... comprende una pretensión de justicia. La justicia es la corrección con respecto a la distribución y al equilibrio... Las preguntas sobre la justicia son preguntas morales... Según el positivismo jurídico, la deficiencia moral es algo que está fuera del dominio del derecho. La pretensión de corrección transforma a la deficiencia moral en deficiencia jurídica. Y esto no es en ningún sentido trivial. Es la conversión del positivismo en antipositivismo. La pretensión de corrección del derecho no es de ninguna manera idéntica con la pretensión de corrección moral, pero incluye una pretensión de corrección moral...” (ALEXY, 2001: 114-115)

Quienes impugnan esta tesis (destacadamente el argentino Eugenio Bulygin) consideran ambigua la posición de Alexy. En efecto, Bulygin parte de la tesis de la inexistencia de un sistema moral único para todas las sociedades humanas. Postula que al no haber tal moral, resulta impensable sostener que la pretensión de corrección en el derecho coincida con la pretensión de corrección de la moral. Así, Bulygin pretende demostrar la primacía de la tesis de la separación derecho-moral, preconizada típicamente por el positivismo jurídico. En réplica, Alexy rechaza tal interpretación sosteniendo que su teoría no persigue demostrar que hay un sistema moral único y que es evidente que existen múltiples ejemplos históricos de contradicción entre lo que manda el derecho y lo que dicta la moral. Considera, empero, que si el derecho ha de valer para algo debe servir a un ideal de justicia, correspondiendo a la sociedad determinar cuál será el alcance de dicho ideal. Resalta que el debate moral en el derecho aparece notablemente en los llamados “casos difíciles” y en todo conflicto en donde el derecho ha de definirse meramente como la expresión de un poder o bien como la consecución de lo justo. Apunta, igualmente, que su modelo teórico no expone cuáles deban ser las convicciones normativas o valorativas que toda persona deba adoptar en definitiva. Antes bien, describe un entramado de principios y reglas cuya cualidad mayor es la de servir al debate fundamentado, notablemente para determinar qué reglas y qué valores han de ser juzgados relevantes para una determinada sociedad, y a través de qué instituciones se harán prevalecer. Esta última peculiaridad nos conduce a la siguiente tesis.

Tesis 3. Una teoría jurídica sustentada en el derecho visto como fenómeno discursivo puede apoyarse en un sistema de principios y reglas comunes al discurso práctico general, expuestos a la manera de un “código de la razón práctica” (ALEXY, 2008: 36). Dichos principios y reglas buscan apoyar la toma de decisiones fundamentadas, pero no condicionan cuáles deban ser las convicciones normativas y valorativas de las personas.

Recordemos que el modelo teórico propuesto por Alexy es formal-procedimental. Ello entraña que juzga esencial el uso de reglas del discurso práctico para orientar la toma de decisiones fundamentadas. Ningún diálogo comienza de la nada y termina en la nada. El debate puede ser encausado racionalmente a través de reglas.⁶ Dichos principios valen tanto en el discurso práctico general como en el jurídico y su fuente de inspiración se centra, medularmente, en los estudios de lógica, de lingüística y de teoría del discurso. Estas reglas, como puntualiza Alexy, se refieren no solamente a proposiciones, sino también al comportamiento del hablante, y por ello tiene naturaleza pragmática. En su **Teoría de la argumentación jurídica** Alexy deja en claro que la fundamentación de una teoría del discurso práctico a partir de reglas puede hacerse a través de

⁶ Ésta es una afirmación comúnmente sostenida por Alexy a lo largo de su *Teoría de la argumentación jurídica*: “La explicación del concepto de argumentación jurídica racional tiene lugar en esta investigación mediante la descripción de una serie de reglas a seguir y de formas que debe adoptar la argumentación para satisfacer la pretensión que en ella se plantea. Si una discusión se corresponde con estas reglas y formas, el resultado alcanzado en la misma puede designarse como ‘correcto’. Las reglas y formas del discurso jurídico constituyen por ello un criterio de corrección para las decisiones jurídicas.” Véase ALEXY, Robert, *Op. Cit.*, 2ª edición, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 279.

distintos enfoques, cada uno con aciertos y deficiencias propias.⁷ Aclara, también, que el cumplimiento de las reglas no garantiza absoluta certidumbre, pero sí persigue dotar de racionalidad a la discusión. En suma, no deben identificarse racionalidad con certeza, si bien la primera contribuye a alcanzar la segunda.

Alexy propone veintidós reglas del discurso práctico así como seis formas básicas de argumentos. Cada regla tiene un objetivo distinto y complementario. En líneas anteriores hemos presentado las *reglas de razón y las reglas sobre la carga de la argumentación*. Ahora bien, toca exponer las *reglas fundamentales del discurso práctico*. Ellas definen las condiciones por las cuales toda comunicación resulta posible y válida. Dichas reglas son:

- (1.1) Ningún hablante puede contradecirse.
- (1.2) Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.
- (1.3) Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto **a** debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a **a** en todos los aspectos relevantes.
- (1.4) Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados. (*Ibidem*: 185)

La regla 1.1 recuerda el principio lógico de no contradicción, desarrollado con amplitud en la lógica aristotélica. Alexy destaca que esta regla vale también en el ámbito de la lógica deóntica. Por otro lado, la regla 1.2 recuerda lo que hemos designado, siguiendo la teoría del discurso, “principio de sinceridad”. En cuanto toca a la regla 1.4, se trata de un deber de coherencia elemental en cualquier discurso, puesto que se busca comunicar algo con sentido a otros. Ahora bien, la más relevante para efectos de esta investigación es la número 1.3, conocida también como *principio de universalidad*. Este principio se basa en el razonamiento siguiente: “... Una norma puede encontrar aprobación universal en un discurso sólo si las consecuencias de su cumplimiento general para la satisfacción de los intereses de cada individuo pueden ser aceptadas por todos sobre la base de argumentos.” (ALEXY, 1997: 138). Como lo confiesa el autor, este principio evoca el pensamiento kantiano: “... sólo la voluntad concordante y unida de todos, en la medida en que deciden lo mismo cada uno sobre todos y todos sobre cada uno, por consiguiente, sólo la voluntad popular universalmente unida puede ser legisladora.” (*Idem*) Esta tesis constituye el sustrato procedimental que posibilita alcanzar, argumentativamente, acuerdos sobre el significado de las cosas, un significado “universalmente” pensado, querido y debatido.

⁷ En esta investigación no nos detenemos en el problema de reflexionar acerca de cuál sea el modelo teórico idóneo para fundamentar, con carácter definitivo, las reglas del discurso práctico. Antes bien, asumimos que dichas reglas son útiles para orientar la discusión. Alexy identifica al menos cuatro enfoques: a) técnico; b) empírico; c) “definitorio”; d) pragmático-universal. Para conocer las características de cada uno, remítase el lector a la *Teoría de la argumentación jurídica* (2008), notablemente las páginas 178 y siguientes.

La idea de universalidad posee una importancia radical en esta investigación para comprender la naturaleza de la jurisprudencia y, más precisamente, de las normas producidas a través del procedimiento jurisprudencial. El principio de universalidad, también expuesto como *principio de justicia formal*, exige el tratamiento igual de una categoría de cosas que poseen rasgos similares. Nótese que hemos afirmado “rasgos similares”, no idénticos, siguiendo el pensamiento de Chaim Perelman:

Para que la regla de justicia constituya el fundamento de una demostración rigurosa, los objetos a los cuales se aplica habrían debido ser idénticos, es decir, completamente intercambiables. Pero, de hecho, nunca es éste el caso. Estos objetos difieren siempre por algún aspecto, y el gran problema... reside en decidir si las diferencias advertidas son o no desdeñables... La justicia formal no precisa, ni cuándo dos objetos forman parte de una misma categoría esencial, ni cuál es el tratamiento que se les ha de dar. De hecho, en toda situación concreta, será indispensable una clasificación previa de los objetos y la existencia de precedentes en cuanto al modo de tratarlos. La regla de justicia suministrará el fundamento que haga posible pasar de los casos anteriores a los futuros; ella, permitirá presentar, con la forma de una argumentación cuasi lógica, el uso del precedente. (PERELMAN & OLBRECHTS-TYTECA, 1989: 340-341)

El principio de universalidad no especifica cuál deba ser el contenido o significado de los términos que empleen los hablantes, sólo exige que dichos significados, una vez obtenidos, se mantengan estables a lo largo del tiempo para posibilitar la comunicación y garantizar la congruencia. Un problema distinto, entonces, es determinar qué es “correcto” o “incorrecto” decidir; qué deba o no formar parte de lo decidible. Al referirnos, en la tesis dos, a la pretensión de corrección, observamos que para Alexy entraña una pretensión de justicia. Sin embargo, Alexy no persigue definir qué es lo justo para todos los casos posibles, sino que únicamente señala cuál es el valor que debe exaltarse en el DJ. Nuevamente, aquí aparece un ángulo de aproximación entre el DJ y el discurso práctico en general, por un lado, y entre el DJ y el discurso moral, por otro lado.

En el plano de la jurisprudencia, se espera que las decisiones adoptadas hoy se mantengan estables en el futuro. En principio, si existe una práctica predeterminada para decidir ciertos casos, se espera que los nuevos casos que se presenten con características similares se resuelvan bajo el mismo criterio atendiendo a una cierta fuerza inercial.⁸ Pero el fenómeno de la repetición de

⁸ Al respecto del fenómeno de la inercia y su relación con la argumentación, Alexy se inspira en los estudios de Olbrechts-Tyteca y Perelman, principalmente su obra *Tratado de la argumentación* (1989). En dicha obra, se presenta dicho fenómeno así: “La mayoría de las veces... el orador sólo puede contar, para sus presunciones, con la inercia psíquica y social que, en las conciencias y en las sociedades, forma pareja con la inercia en física. Se puede suponer, mientras no se demuestre lo contrario, que la actitud adoptada anteriormente –opinión

prácticas, decisiones o razones no solamente evoca la inercia sino, también, la afirmación de que es conveniente decidir del mismo modo hoy en el que se ha decidido en el pasado, salvo que aparezcan razones que obliguen a modificar el criterio de la decisión. El objetivo de atenerse a las decisiones del pasado es permitir a los hablantes orientar sus conductas y estimar qué será resuelto en el futuro. Este objetivo se manifiesta de manera patente cuando, en el caso de México, se aprueba una nueva tesis jurisprudencial y ésta es publicada para ser observada por los jueces. Análogamente a las normas producidas a través del procedimiento legislativo, las que son fruto del procedimiento jurisprudencial persiguen ser conocidas y acatadas. Existen no sólo para informar a los participantes en el DJ sobre las opiniones de un tribunal, sino sobre todo para que dichos participantes ajusten su conducta a lo estatuido en la tesis jurisprudencial. Una prueba de la fuerza obligatoria de dicha tesis es que la sentencia emitida en contra del criterio normativo fijado en ella posibilita su revocación.

La tesis jurisprudencial se construye apoyada en la doble idea de la universalidad y la inercia y, sin embargo, nada ata al juzgador para abandonar un criterio que hoy juzga erróneo, aportando las razones apropiadas para ello. La tesis jurisprudencial establece razones para la acción, es decir razones normativas que orientarán la decisión futura de los jueces. En este sentido, el fenómeno inercial de la repetición de un precedente (notablemente de su *ratio decidendi*) puede comprenderse cualitativamente a la luz del principio de universalidad. Desde esta óptica, es preferible adoptar un significado estable para un determinado objeto que pueda ser aplicado a un sinnúmero de casos que guarden una relación de *semejanza relevante* con dicho significado. Este principio sugiere el uso del razonamiento analógico y persigue la realización de uno de los máximos ideales existente en todo sistema jurídico: la coherencia en la toma de decisiones. Por

manifestada, conducta preferida- se continuará en el futuro, bien por deseo de coherencia, bien gracias a la fuerza de la costumbre...

... la inercia permite contar con lo normal, lo habitual, lo real, lo actual y valorizarlo, ya se trate de una situación existente, de una opinión admitida o de un estado de desarrollo continuo y regular. El cambio, por el contrario, debe justificarse; una decisión, una vez tomada, sólo puede modificarse por razones suficientes. Gran número de argumentaciones insisten en que, en este caso, nada justifica un cambio..." (PERELMAN, Chaim y OLBRECHTS-TYTECA, *Op. Cit.*, traducción de Julia Sevilla Muñoz, Gredos, Madrid, 1989, pp. 177-178)

Conforme a Robert Alexy, la práctica de seguir lo precedente respetando la inercia no debe entenderse en forma absoluta. Bien entendido, "... el principio de inercia dice que una idea que haya sido aceptada una vez, no puede rechazarse **sin un motivo suficiente**. Por ello, tiene el carácter de una regla de carga de la argumentación: la apelación a una praxis existente no requiere ninguna justificación... Sirve de base a la apelación al precedente y a las normas aceptadas en la ética y en la jurisprudencia. Esto no significa 'que todo lo que hay debe permanecer invariable'. Simplemente enuncia que es irrazonable abandonar sin motivo una idea aceptada hasta entonces. Quien duda o critica debe dar una razón para su duda o crítica. Ello fundamenta además lo inadmisibile de la duda universal... No es necesario justificarlo todo, sino sólo aquello en lo que, con razones, se duda. Esto significa no sólo una considerable descarga de la argumentación, sino que ciertamente hace posible el argumentar. Sin presuponer algo no puede empezar ninguna argumentación." ALEXY, Robert, *Op. Cit.*, pp. 170-171. *Énfasis añadido.*

supuesto, no escapa a nuestra atención lo debatible que puede resultar la noción de “ semejanza relevante”, aspecto que nos ocupará en el capítulo tercero.

Afirmar que el derecho –como conjunto de normas- posee una racionalidad intrínseca supone sostener que es un sistema “... completo y coherente, capaz de dar una respuesta correcta a toda cuestión jurídica; de ahí se deriva, entre otras cosas, una tendencia a privilegiar la analogía como procedimiento para resolver los nuevos casos a partir del Derecho –jurisprudencial o legal- ya existente, en lugar de considerar las razones sustantivas de tales casos...” (ATIENZA, 2001: 278). Visto de este modo, la decisión jurídica se ve compelida a confirmar, validar o representar dicha racionalidad en cada caso concreto, so pena de incurrir en una falta de sentido, esto es, en un estado de incoherencia o contradicción en donde no existen criterios objetivos para fundamentar una aseveración. Esta falta de objetividad impediría, en la práctica, el acuerdo entre sujetos racionales y tornaría al derecho en un instrumento inútil.

Hemos señalado que el principio de universalidad no establece qué significado deba atribuirse, *a priori*, a cualquier objeto lingüístico. Sin embargo, siempre es posible el debate entre hablantes acerca de los significados de las cosas y el peso que ha de atribuirse a los valores en juego. Según Alexy, pueden existir decisiones jurídicas fundamentadas conforme a las reglas del sistema jurídico y, en este sentido, ser formalmente válidas. Sin embargo, dichas decisiones podrían ser calificadas de “injustas” o bien de “incorrectas” conforme a una cierta concepción de la justicia.

En sus respuestas a los críticos de la pretensión de corrección, Alexy señala que es posible la existencia de una decisión conforme a las fuentes normativas vigentes con el que dicha decisión sea injusta. La pretensión de justicia no es definitiva en las decisiones particulares, lo que entraña que éstas puedan ser injustas en el caso concreto. Sin embargo, desde el punto de vista de los sistemas jurídicos, la pretensión de corrección sí es definitiva según Alexy, ya que propone un criterio para clasificarlos como justos o injustos:

Una cosa es formular una pretensión, y otra completamente diferente es satisfacerla. Hasta ahora la discusión ha estado relacionada con la formulación de la pretensión. Los sistemas normativos que no formulan la pretensión de corrección no son sistemas jurídicos. Ellos son sistemas de poder, fuerza, y coerción, más allá de las categorías de lo correcto y lo incorrecto, y de lo justo y lo injusto. Hasta esta instancia, la pretensión de corrección tiene un carácter definitorio o clasificatorio. Se podría pensar que la satisfacción de la pretensión de corrección también tiene carácter definitorio. Esto, sin embargo, tendría consecuencias desastrosas. Todas y cada una de las incorrecciones del sistema jurídico o de una norma o decisión aislada destruiría automáticamente el carácter jurídico y, consecuentemente, la validez jurídica del sistema y de la norma y decisión aislada. Por razones normativas, especialmente aquellas de seguridad jurídica, esto no es aceptable. No obstante, la incorrección es una falla. Por ello, la pretensión de corrección establece un segundo tipo de conexión entre derecho y moral, además de la definitoria o clasificatoria. Es la conexión

cualificatoria entre derecho y moral. Los sistemas jurídicos que formulan la pretensión de corrección pero que no la satisfacen, son calificados necesariamente como sistemas jurídicos deficientes. Con respecto a las normas y decisiones jurídicas aisladas existen sólo conexiones cualificatorias. Si no formulan o no satisfacen la pretensión de corrección, son jurídicamente deficientes. Sólo cuando su deficiencia transgrede el umbral de la extrema injusticia su carácter jurídico se destruye. (ALEXY, 2001:109-111)

El presupuesto filosófico de cualquier orden normativo es la libertad. Su ejercicio incluye la posibilidad de actuar en contra de lo normativamente ordenado. *Fiat iustitia, pereat mundus* es, para el pensamiento contemporáneo, un ideal cuya realización es siempre aproximada. El problema se traslada, entonces, del absoluto imponderable de la justicia a la búsqueda de cómo garantizar que el DJ se apegue a la pretensión de corrección entendida como una *razón de equidad*.

Tesis 4. En la vida cotidiana los hablantes sostienen valores y concepciones normativas diferentes que pueden dificultar la toma de decisiones. El discurso jurídico permite alcanzar siempre una decisión racionalmente fundamentada delimitando así el campo de lo discursivamente posible.

El DJ se apoya en las reglas del discurso práctico general, pero éste no tiene por objetivo garantizar la adopción de una decisión estable que resuelva los conflictos. Por tanto, las reglas del discurso práctico requieren ser completadas con las del DJ a fin de limitar la incertidumbre. Debe reiterarse que los enunciados normativos expuestos en el DJ no buscan demostrar que, en todos los contextos discursivos posibles, sean absolutamente racionales. Su corrección está circunscrita al ámbito del ordenamiento jurídico vigente. Ahora bien, el DJ se beneficia del discurso práctico general en situaciones donde, como advierte Alexy, no hay una norma jurídica disponible para sustentar una decisión. En estos casos se apela a las reglas del discurso práctico para construir la premisa normativa que servirá para resolver el caso planteado.

La coincidencia más notable entre las reglas del discurso práctico y las del DJ radica en el *principio de universalidad*. En ambos ámbitos discursivos dicho principio exige tratar igual a lo igual a lo largo del tiempo. En el ámbito del DJ el principio invocado se traduce en la regla siguiente: “Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.” (ALEXY, 2008: 215) Esta regla es la más importante en el ámbito del DJ, particularmente en el terreno de lo que Alexy denomina la *justificación interna de las premisas de la decisión*. En la justificación interna se persigue mostrar si la conclusión se sigue lógicamente de las premisas que forman el argumento jurídico. En cambio, en la justificación externa se aducen razones que justifican la elección de las premisas usadas en la justificación interna. (*Ibidem*: 213-214)

En el campo de la jurisprudencia y el uso de los precedentes, los principios de universalidad e inercia desempeñan también un rol preponderante. Al desarrollar los campos específicos en los que el DJ se desenvuelve, Alexy expone el ámbito de los precedentes judiciales y propone dos reglas especiales:

- (J.13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión debe hacerse.
- (J.14) Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación. (*Ibidem*: 265)

En el desarrollo del precedente rige, ciertamente, la búsqueda de la seguridad jurídica, pero tal objetivo no impide que puedan aducirse razones para apartarse de él. Así,

La seguridad jurídica y la protección de la confianza no son ciertamente los únicos fines. Si lo fueran, no podría ser admisible el apartarse de los límites del principio de inercia... las reglas del discurso no permiten siempre encontrar precisamente un resultado correcto. Con frecuencia queda un considerable espacio de lo discursivamente posible... La introducción de una carga de la argumentación a favor de los precedentes no puede, por otro lado, contemplarse como una contravención de las reglas del discurso, mientras no se excluya la posibilidad de que seguir el precedente puede suponer adoptar una máxima de decisión reconocida como equivocada... (*Ibidem*: 264)

La posibilidad de apartarse del precedente es tan relevante como buscar su preservación en aras de la seguridad jurídica. No todo está planteado expresamente en el orden normativo, ni podría serlo fácticamente. Asimismo, siempre habrán razones para modificar un precedente determinado, como en el caso de la variación de las condiciones históricas, sociales o económicas. No resulta infrecuente encontrar, en el ámbito mexicano, tesis jurisprudenciales que modifican expresamente otras adoptadas en el pasado.⁹ Sin embargo, la modificación de un criterio no invalida el principio

⁹ En la doctrina anglosajona, suele distinguirse entre el *distinguishing* y el *overruling* al referirse al tema de los precedentes. Ambos fenómenos describen modos de argumentar con los precedentes apartándose de su uso. La forma en la que dicho apartamiento opera es diversa. En el caso del *distinguishing* el juzgador observa que los supuestos de hecho descritos en el precedente no coinciden, en lo medular, con los planteados en el caso concreto. Ello motiva que el juzgador concluya que, en dicho caso, no rige el precedente. A pesar de ello, el precedente sigue siendo vigente. Ahora bien, en el *overruling* sucede un apartamiento radical, fundado en razones que motivan la necesidad de cambiar el criterio vigente. Como lo subraya Alexy, en cualquier caso es necesario argumentar.

En la práctica judicial mexicana no se emplean dichos términos, pero ambos modos de razonar con los precedentes sí son usados frecuentemente por los juzgadores.

de universalidad; al contrario, lo confirma. Puesto que el objetivo mayor es lograr la estabilidad en la toma de decisiones, fijar un criterio o modificar uno vigente proponiendo nuevas razones busca orientar la decisión de los hablantes, notablemente de quienes ejercen autoridad en el Estado.

3. El derecho como argumentación: Manuel Atienza

Un segundo modelo teórico que orienta esta investigación es la concepción del español Manuel Atienza acerca del derecho *como argumentación*.¹⁰ Guarda relación con el modelo de Alexy en un punto sustantivo: se opone al positivismo normativista-legalista y acentúa la función técnica del derecho como medio de solución de controversias a través de la argumentación racional.

En el contexto mexicano, su obra más difundida es *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (primera edición española de 1991). En ella expone y confronta las principales teorías contemporáneas sobre la materia y esboza los rudimentos de su propio modelo.

Nadie duda de que la práctica del derecho consiste –afirma Atienza–, de manera muy fundamental, en argumentar, y todos solemos convenir en que la cualidad que mejor define lo que se entiende por un buen jurista tal vez sea la capacidad para idear y manejar argumentos con habilidad. Sin embargo, muy pocos juristas han leído alguna vez un libro sobre la materia y seguramente muchos ignoran por completo que exista algo así como una teoría de la argumentación jurídica. Este libro pretende ofrecer una respuesta... a las cuestiones de qué significa argumentar jurídicamente y cómo se ha procurado contestar a esta última cuestión... (ATIENZA, 2003: 1)

Atienza concibe al argumento como un enunciado (empírico, normativo, etcétera) que se aduce a favor de otro enunciado (*Ibidem*: 213). Por “enunciado” debemos entender una unidad comunicativa que posee una estructura sintáctica y que puede estar constituida por un sintagma, una palabra o una oración. En otro trabajo sustenta que “argumentar” consiste en “... un acto de lenguaje que sólo cabe efectuar...en determinadas situaciones; concretamente, en el contexto de un diálogo... cuando aparece una duda o se pone en cuestión un enunciado, y aceptamos que el

¹⁰ Atienza es profesor titular en la Universidad de Alicante. Recibió su doctorado en derecho en la Universidad de Oviedo y ha realizado diversas estancias de investigación en el extranjero, destacando Maguncia (Alemania) y Harvard (Estados Unidos). En el año de 1984 fundó la revista *Doxa*, especializada en temas de filosofía y teoría jurídicas. Su pensamiento está influenciado por pensadores como Dworkin y Alexy, inspirándose también en el análisis crítico del derecho. En sus últimos trabajos, defiende la tesis de una teoría del derecho como argumentación y postula las premisas de una doctrina “pospositivista” del derecho.

problema ha de resolverse por medios lingüísticos (por tanto, sin recurrir a medios como la coacción física...)” (ATIENZA, 1990: 42)

En su trabajo **El Derecho como argumentación** (2004 y 2006), Atienza expone lo que denomina un “proyecto de una teoría de la argumentación jurídica”. Considera esencial formular una teoría de la argumentación jurídica que sea, a un mismo tiempo, formal, analítica y empírica. Afirma que los modelos “estándar” de la argumentación jurídica son los de Robert Alexy y Neil MacCormick. Sostiene que una teoría “ideal” de la argumentación jurídica debe tratar el objeto, el método y la función de la disciplina. Considera que el proyecto de una nueva teoría de la argumentación debe considerar los puntos siguientes:

1) El acierto mayor de las teorías “estándar” es situar la argumentación en el plano de la denominada *racionalidad práctica*. Empero, aún no se ha descrito suficientemente cómo debe operar la argumentación jurídica en los casos en que, por exceso o déficit de información en las premisas, debe optarse por una decisión entre varias posibles, ni tampoco se ha elaborado una teoría sobre los casos-límite en donde se pone a prueba la racionalidad jurídica. Se trata, en suma, de explicar los fenómenos de “irracionalidad” en los momentos de creación y aplicación del derecho positivo;

2) Puesto que una teoría ampliada de la argumentación jurídica debe sustentarse sobre una teoría precisa y clara de la racionalidad práctica, debe pensarse en las cualidades de la argumentación producida en dos momentos institucionales fundamentales para el derecho positivo: en sede legislativa, cuando se discute y aprueba la ley, y en sede judicial, cuando se aplica;

3) Las teorías estándar se han concentrado, en cuanto toca al momento de aplicación del derecho positivo a casos concretos, en una concepción *adjudicativa* de la argumentación. Es cierto que, en la mayor parte de los casos, el juez aplica a ciertos hechos ciertas normas. Así ocurre cuando no existe mayor duda sobre qué decidir. Ahora bien, el que esto ocurra así en la mayoría de los casos, facilitando el trabajo del juez, no significa que estén agotadas las posibilidades fácticas de la argumentación en sede judicial. Así, las teorías estándar son insuficientes porque no incluyen, en su modelo explicativo, una descripción de cómo el juez califica los hechos a la luz del derecho aplicable. Tampoco incluyen una explicación de cómo las partes definen sus estrategias de ataque y defensa, ni el modo en que el juez pondera los intereses en conflicto. Estas insuficiencias tienen su origen en una concepción limitada de la racionalidad práctica, generalmente conceptuada discursivamente, omitiendo plantear el proceso como un marco en el que las partes y el juez desarrollan acciones estratégicas. En suma, la tesis discursiva de la argumentación debe integrarse con la tesis de la decisión estratégica, con lo cual se amplía la concepción que se tiene de la racionalidad práctica;

4) Una teoría integral de la argumentación jurídica debe ser capaz de explicar los procesos de descubrimiento de las premisas y también los referidos a su justificación. Se trata de hallar los métodos y tipos idóneos que agoten las posibilidades más recurrentes. Los modelos “estándar” de argumentación jurídica centran su atención en la justificación de las premisas de la argumentación, pero descuidan la explicación de cómo el participante llega, efectivamente, a tomar una decisión descartando otras;

5) En una teoría integral ha de elaborarse un esquema de planteamiento y solución de los denominados “casos difíciles”. Estos se presentan al intérprete cuando: a. Existen dudas sobre cuál es la norma aplicable al caso; b. Cuando existen dudas sobre cuál es la interpretación correcta; c. Cuando existen dudas sobre si un determinado hecho tuvo lugar o no; d. Cuando existen dudas sobre si un hecho cae o no en el campo de aplicación de una norma;

6) Una teoría integral de la argumentación jurídica debe exponer, cuidadosamente, elementos que permitan hacer una crítica de la decisión adoptada, esto es, ofrecer criterios para determinar su corrección o incorrección, sobre todo cuando la decisión adoptada no es equitativa o bien cuando nos hallamos en presencia de un caso difícil. En suma, se trata de “... extender la noción de racionalidad práctica... para abarcar una teoría de la equidad, de la discrecionalidad o de la razonabilidad que ofreciera algún tipo de criterio con qué operar en los casos difíciles, por más que tales criterios puedan resultar discutibles o no gocen ya de la solidez de los otros. Una tal teoría... no podría tener un carácter puramente o esencialmente formal, sino que tendría que incorporar necesariamente contenidos de naturaleza política y moral.” (ATIENZA, 2003: 216)

7) Finalmente, un nuevo modelo de la argumentación jurídica debe plantearse la posibilidad de lo que Atienza denomina los “casos trágicos”. Se trata de situaciones que deben ser decididas conforme al derecho positivo, pero la solución posible siempre sacrifica un valor fundamental. “... La adopción de una decisión en tales supuestos no significa ya enfrentarse con una simple alternativa, sino con un dilema.” (*Idem*, 219) La existencia de esta clase de casos conduce a repensar la eficacia del derecho como instrumento de solución del conflicto social, pero también sobre la idea de justicia.

En suma, para Atienza el proyecto de una teoría jurídica argumentativa resulta indispensable para plantearse al derecho pragmáticamente, esto es, como un objeto de investigación no sólo dado en las fuentes, sino dándose en cada decisión. En efecto,

... este texto (*El Derecho como argumentación*) se inspira en una concepción muy amplia de la argumentación jurídica, que tiende a conectar la actividad argumentativa con los procesos de toma de decisión, de resolución de problemas jurídicos... podría decirse que el enfoque argumentativo del Derecho aquí propuesto consiste esencialmente en considerar los problemas del método jurídico desde su vertiente argumentativa... (ATIENZA, 2004: 70)

Si en su obra *Teorías de la argumentación jurídica* expone los elementos sustantivos de crítica las teorías estándar, en el artículo “El derecho como argumentación” manifiesta los principios que orientan su propia concepción:

A) Desde la perspectiva del concepto de Derecho, los normativistas ven el Derecho como una realidad previamente dada; el Derecho es un conjunto de normas, un libro, un edificio, o una ciudad que está ahí fuera para ser contemplada y descrita. Para el enfoque del Derecho como argumentación, el Derecho consiste más bien en una actividad, una práctica compleja; la imagen sería más bien la de una empresa, una tarea en la que se participa: la escritura de una novela en cadena más bien que el libro ya escrito; la construcción de una catedral, más bien que la catedral construida; o, aún mejor, la actividad consistente en construir y mejorar una ciudad en la que uno tiene que vivir.

B) ... El enfoque del Derecho como argumentación ve en el Derecho un proceso... integrado por fases, momentos o aspectos de la actividad, de la práctica social en que consiste el Derecho... los positivistas tienden a ver el Derecho como sistema... y a descuidar el Derecho en cuanto práctica social (en cuanto práctica que va más allá del sistema, de la misma manera que la práctica del lenguaje... no se puede reducir a la *langue*; ni la argumentación a la lógica deductiva).

C) Desde la perspectiva de la forma de estudiar el Derecho, el normativismo positivista se interesa sobre todo por un análisis estructural, anatómico, mientras que el enfoque del Derecho como argumentación lleva a un estudio de carácter más bien funcional y fisiológico.

D) Finalmente, desde el punto de vista de la metodología o de los objetivos teóricos, los positivistas normativistas persiguen describir neutralmente una realidad... como un objeto previamente dado; mientras que el enfoque del Derecho como argumentación supone contribuir a la realización de una empresa: el objetivo de la teoría del Derecho no puede ser exclusivamente cognoscitivo, sino que la teoría... se funde con la práctica. (ATIENZA, 2004: 96-97)

Lo transcrito anteriormente se completa con las siguientes tesis formuladas por el propio autor: 1) los principios forman parte del sistema jurídico; 2) las normas deben examinarse lógicamente y prácticamente; 3) el derecho es dinámico; 4) la interpretación jurídica contribuye a la racionalidad del derecho positivo; 5) debe reivindicarse la doble dimensión de la razón (teórica y práctica); 6) la validez jurídica es formal y material; 7) existe una conexión entre derecho y moral; 8) hay una tendencia progresiva al acercamiento entre el derecho, la moral y la política; 9) en el Estado constitucional de derecho se impone, cada vez con mayor fuerza, justificar las decisiones jurídicas; 10) existen criterios objetivos que favorecen la adopción de decisiones jurídicas razonables que, en el fondo, encierran criterios de moral positiva. (*Ibidem*: 124-126)

Para el autor español, el concepto de “derecho” está relacionado con una noción dinámica, instrumental y “comprometida” del fenómeno jurídico. El origen del derecho es el conflicto y la necesidad social de su regulación. De ahí que la argumentación adquiera el papel preponderante, siendo su función la de ponderar, valorar y justificar racionalmente. En suma, “... El Derecho puede verse por ello (aunque esa no sea la única perspectiva posible) como una compleja institución volcada hacia la resolución (o el tratamiento) de conflictos por medios argumentativos y en las diversas instancias de la vida jurídica.” (*Ibidem*: 130)

4. Fundamentos de nuestro modelo teórico sobre el discurso jurídico

Consideramos necesario, llegados a este punto, brindar al lector algunos fundamentos que le permitan ubicar nuestra idea general acerca del DJ. Debe precisarse, empero, que las consideraciones que enseguida se plantean operan como lineamientos orientadores sobre la naturaleza del DJ. En este primer capítulo hemos centrado la atención en un enfoque de *teoría del discurso*, presentando las nociones básicas y exaltando los principios del discurso teórico y práctico. En el capítulo siguiente discurriremos en torno a la jurisprudencia misma como fuente y, particularmente, al problema de la producción de normas jurídicas a través de la jurisprudencia. En dicho capítulo mostraremos que la creación de dichas normas jurídicas resulta de un trabajo argumentativo más o menos sofisticado centrado en el precedente y, más específicamente, en la *ratio decidendi*. Agotada esta exposición, orientaremos la investigación hacia la fase *empírica* de este trabajo, examinando piezas discursivas formadas por tesis jurisprudenciales y precedentes aislados. Finalmente, y siguiendo las recomendaciones de Alexy y Atienza, en el capítulo cuarto procuraremos sintetizar los resultados alcanzados repensando los principios del discurso práctico esbozados en este primer capítulo.

Si atendemos a la tipología expuesta por Robert Alexy (2008) para clasificar las teorías del discurso, podemos afirmar que nos adscribimos a un **enfoque mixto de teoría del discurso**. Para entender lo que esto significa, conviene revisar las tipologías clásicas para concebir teóricamente al discurso, divididas en *empíricas*, *analíticas* y *normativas*.

... Es *empírica* cuando en ella, para poner sólo algunos ejemplos, se describen y explican la correlación entre determinados grupos de hablantes y el empleo de determinados argumentos, el efecto de los argumentos o concepciones predominantes en determinados grupos sobre la validez de los argumentos. Es *analítica*, cuando en ella se trata de la estructura de los argumentos realmente utilizados y de los argumentos posibles. Finalmente, es *normativa* cuando en ella se establecen y fundamentan criterios para la racionalidad del discurso.

Entre estas tres características existen una serie de relaciones. Tanto una teoría empírica (sic) como una teoría normativa presuponen el examen de la estructura lógica de los argumentos. Más problemática es la relación entre las teorías empíricas y las normativas. A una teoría empírica le corresponde, entre otras, la tarea de describir las reglas que son consideradas como válidas por individuos considerados aisladamente y por determinados grupos. Sin embargo, con esta descripción no quedan fundamentadas las reglas. Estas quedarían fundamentadas, en el marco de una teoría normativa, sólo si se aceptaran premisas como, por ejemplo, la de que son racionales las reglas que son seguidas en un determinado momento por determinados científicos. (ALEXY, 2008: 177-178)

Nuestro enfoque es “mixto” porque, para explicar el DJ, abordamos aspectos empíricos, analíticos y normativos, en los términos descritos por Alexy. Es “mixto” porque vincula dos dimensiones: **la formal y la material**. Denominamos “formal” al enfoque teórico que se sostiene en la existencia de principios y reglas del discurso. Aquí, se habla de una perspectiva de “discurso sobre el discurso”. Dichos principios y reglas funcionan como elementos *a priori* del conocimiento del discurso y persiguen, como ha quedado sentado, racionalizar la discusión y la toma de decisiones.

Un enfoque teórico sobre el discurso es “material” cuando, en lugar de concentrarse en los elementos que lo estructuran, resalta: 1) el sujeto que discurre; 2) el contexto en el que profiere el discurso; 3) los efectos que suscita el discurso. Bajo un enfoque mixto, el teórico persigue revelar hasta qué punto los principios y reglas del discurso son conocidos y seguidos por los hablantes en situaciones reales y concretas de enunciación, tal y como acontece en la producción de tesis jurisprudenciales.

Nuestro modelo teórico sobre el DJ es *empírico* puesto que, partiendo de una muestra o *corpus* de tesis jurisprudenciales y sus precedentes queremos ubicar, describir y clasificar los argumentos empleados *efectivamente* en ellos por los juzgadores. Se trata de realizar lo que denominaríamos, metafóricamente, una “cartografía empírica” del DJ manifiesta en la jurisprudencia contencioso-administrativa. Este enfoque es afín a una perspectiva de AD típica en su fase preliminar, esto es, en el momento de integrar una muestra de textos.¹¹ Por supuesto, este es el primer paso de una

¹¹ El análisis del discurso constituye un campo de estudio del lenguaje en su contexto. Se trata de una disciplina pragmática por excelencia cuyo objeto es relacionar un conjunto de

investigación de mayor envergadura en la que habrán de analizarse los argumentos efectivamente empleados y sus efectos, como los fenómenos de uso o recepción de la jurisprudencia.

Un modelo teórico acerca del DJ puede ser *analítico*, es decir, centrar su atención en los usos argumentativos contenidos en los textos jurisprudenciales y sus precedentes (sentencias consideradas aisladamente y en su interrelación textual). Un objetivo de tal investigación es comparar la efectividad de las tipologías argumentativas ofrecidas por la doctrina general y especializada a la luz de los textos reales materia de estudio. También, el identificar tipos de argumentos *ad hoc*, aún no descritos en el marco de una taxonomía dada. Es en esta fase cuando una investigación deja de ser puramente descriptiva y se convierte, genuinamente, en un análisis de cierto tipo de discurso.

Finalmente, nuestra teoría del discurso aspira a ser *normativa*. Bajo un primer aspecto y fruto de la contrastación empírica y analítica, es posible que reconsideremos los principios y reglas del discurso práctico a la luz del discurso jurisprudencial. Creemos posible detectar “ecos” de lo que denominamos, en sentido amplio, *la racionalidad del ordenamiento jurídico* a través de la jurisprudencia. Si la jurisprudencia, entendida como fuente del derecho positivo, existe para garantizar un máximo de certidumbre y previsibilidad, se tratará de verificar hasta qué punto se cumple este ideal en la muestra de tesis jurisprudenciales materia de análisis. Desde otro punto de vista, podremos constatar hasta qué punto la jurisprudencia en materia contencioso-administrativa constituye un “éxito o fracaso” comunicativo. Aquí, nuestra investigación adopta una posición crítica-valorativa sobre la eficacia de la jurisprudencia como fuente normativa. Así, quizás resulte oportuno añadir, a la tipología propuesta por Alexy, un *cuarto modelo teórico del discurso*, el crítico.

Queremos culminar este capítulo con una precisión conceptual. Como se ha sostenido reiteradamente, elegimos hablar de “discurso jurídico” en lugar de “lenguaje jurídico”. Ello es así, porque hablar de “discurso” en lugar de “lenguaje” denota claramente la dimensión pragmática de este último. Si bien el discurso presupone el lenguaje como capacidad humana, consideramos que el concepto de “discurso” evoca la idea de uso contextualizado del lenguaje (sujetos, motivaciones, roles, intereses, valores, actos de habla, etcétera). Debe nuevamente acentuarse que no perseguimos construir un enfoque sintáctico para examinar el DJ. A lo largo de este capítulo,

enunciados con su ámbito de producción social. Las dos corrientes predominantes en análisis del discurso son la estructural, que aborda su estudio sirviéndose de categorías y formas lingüísticas, y la pragmática, que lo examina desde un punto de vista sociolingüístico. Nosotros nos situamos en un punto intermedio ya que, sin desligarnos de la descripción y definición de conceptos fundamentales contenidos en los enunciados, nos inquirimos cuáles son las relaciones entre dichos enunciados y su contexto de producción.

hemos intentado dejar en claro que nuestro enfoque general acerca de los estudios sobre el lenguaje es *pragmático*.¹²

¹² Al concebir lo jurídico desde la perspectiva de los estudios sobre el discurso no pretendemos definir, limitativamente, el concepto de derecho como un discurso. En otras palabras, no deseamos subsumir el concepto de derecho en el de discurso ni tampoco asumimos un “panlingüismo jurídico”. Rechazamos constreñir lo jurídico a su dimensión lingüístico-discursiva. Es cierto que, sin el lenguaje en acción (el discurso), el derecho no podría realizarse. La sentencia que ordena a un sujeto jurídico realizar una conducta no sólo se expresa en palabras sino que, ciertamente, *busca* que se cumpla lo que ordenan dichas palabras. Empero, no aspiramos a construir una teoría jurídica particular sustentada en la sola idea del discurso. El concepto de derecho, de suyo difícil de definir, comprende otras dimensiones relevantes como son las normas o los valores.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA JURISPRUDENCIA EN EL ESTADO DE DERECHO

A) LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

1. Presentación

¿Cuál es la naturaleza de la función jurisdiccional en el Estado de derecho? ¿Existen diferencias tajantes entre la tarea del legislador y la del juez? ¿Crea el juez normas jurídicas generales? ¿Es la jurisprudencia fuente del derecho? Añejas cuestiones todas que han recorrido la historia de las ideas jurídicas. Intentar responder a ellas constituye un punto de partida indispensable para construir una teoría sobre lo que aquí denominamos el discurso jurisprudencial (DJUR).¹³

En esta primera sección examinamos los fundamentos históricos, institucionales y normativos del DJUR. La jurisprudencia ha sido comprendida, en los países herederos del derecho romano, bien como la “doctrina” de los tribunales pertenecientes a la más alta jurisdicción del Estado, bien como una genuina fuente normativa. El acto jurídico de fijar jurisprudencia (o, en todo caso, de constituir un precedente al que se le atribuye más o menos obligatoriedad) trasciende al acto de emitir una sentencia. Al desempeñar su tarea, el juez no sólo se constriñe a resolver una litis. Dicha resolución se funda en consideraciones jurídicas sustentadas en definiciones, interpretación y aplicación de normas, así como en argumentación.

Un punto de partida para entender al DJUR lo constituye la explicación de la función jurisdiccional en el Estado de derecho. Dicha función es el marco institucional en el que resulta posible la jurisprudencia. La función jurisdiccional suele contrastarse con la función legislativa del Estado a partir de un criterio ampliamente difundido. En efecto, comúnmente se afirma que la función legislativa centraliza la creación y modificación de normas jurídicas generales, en tanto que la función jurisdiccional se constriñe a conocerlas y aplicarlas a los casos litigiosos. Hemos de valorar el alcance de esta tesis que denominamos aquí “clásica o tradicional” de las funciones del Estado y, en particular, de la función jurisdiccional. Para ello,

¹³ Somos conscientes que el término “jurisprudencia”, entendido en México como fuente del derecho y también como sinónimo de “ciencia jurídica dogmática”, entraña un uso especializado que no se encuentra en otras tradiciones jurídicas contemporáneas. En efecto, en esta investigación, cuando se utilice la expresión “discurso jurisprudencial”, querrá expresarse con ello el ámbito pragmático en el que ciertos hablantes, notablemente los jueces, producen un discurso susceptible de crear normas jurídicas generales.

describiremos las características de los dos modelos históricos de la función jurisdiccional en el Estado de derecho que, a su vez, perfilan dos maneras de entender a dicho Estado. La primera, originada en el siglo XIX, pero con claros asideros en la filosofía política de la Ilustración, sienta los fundamentos del así denominado “Estado legislativo de derecho”, sustentado en la omnipotencia de la función legislativa y en la primacía de la ley. La segunda corresponde al “Estado constitucional de derecho”, surgido en el ocaso de la Segunda Guerra Mundial, que somete la ley al imperio de los derechos fundamentales. En efecto, existen diversos criterios para oponer, desde el ángulo histórico, ambas formas del Estado de derecho. Nosotros elegimos aquí la que atañe al papel asignado al juez, con especial referencia al problema de la discrecionalidad judicial.

El examen de la naturaleza del DJUR, afirmábamos, no puede obviar un estudio de la función estatal de resolver conflictos de intereses en el marco del Estado de derecho. Obsérvese, igualmente, que cualquier tesis acerca del DJUR estará influida por la teoría que posea el observador acerca de la función jurisdiccional, así como por la concepción del papel social del juez (o de la autoridad investida de la función jurisdiccional). Aquí se revela la posición ideológica del discurso contenido en la jurisprudencia. Asimismo, una teoría acerca de la función jurisdiccional participa, explícita o implícitamente, de una doctrina sobre las fuentes del derecho y su relación con los sistemas jurídicos. Un ejemplo de cómo puede influir la diversidad de criterios teóricos en la construcción de una teoría del DJUR es, verbigracia, la tesis que el investigador posea acerca de las lagunas normativas en los sistemas jurídicos o el modo en que han de tratarse los “casos difíciles”.

Una vez efectuado un examen de los dos modelos jurídico-políticos del Estado de derecho y de la función jurisdiccional, en una segunda parte centraremos nuestro análisis en una serie de distinciones conceptuales básicas. Para el estudioso de estos temas resulta común encontrarse con términos que se entrelazan. Así, a lo largo de este capítulo se establecen algunos criterios para distinguir entre *jurisdicción* y *jurisprudencia*, *sentencia* y *ley*, *sentencia* y *precedente*, *precedente* y *jurisprudencia*.

Decir que se emite jurisprudencia constituye un acto diverso al de pronunciar una sentencia: la jurisprudencia tiene por vocación orientar imperativamente la decisión judicial (e incluso la de los litigantes y la doctrina especializada); la sentencia, resolver una litis. La jurisprudencia puede introducir una norma jurídica general que rija en casos futuros. La sentencia, en la parte resolutive, se limita a fijar una disposición (llamada por algunos, “norma jurídica individualizada”, siguiendo la designación kelseniana). Un aspecto que será resaltado en este capítulo es el de la fuerza obligatoria de la jurisprudencia. La cuestión aquí es: ¿existe un fundamento para obedecerla? En el caso mexicano, tal pregunta es resuelta normativamente, atendiendo a lo dispuesto por los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo vigente. Sin embargo, la cuestión será llevada más allá de lo dispuesto en la ley. Así, nos preguntamos si existe un fundamento racional para obedecer a la jurisprudencia, independientemente de su fundamentación legal. Discutimos que, en gran medida, dicho fundamento reposa en los

principios de *universalidad e inercia*, examinados en el capítulo primero. Dichos principios favorecen la comparación entre sistemas jurídicos, aún cuando procedan de tradiciones diversas, tal y como se demuestra al tratar los casos español y estadounidense.

Después de exponer los fundamentos teóricos de la función jurisdiccional y de presentar cómo ha evolucionado la forma en que, en la historia occidental, ha sido comprendida la tarea del juez, orientaremos nuestra atención hacia la cuestión de la creación judicial de normas jurídicas generales. Para ello, situaremos a grandes rasgos los términos del problema a la luz de la teoría jurídica contemporánea para dar paso, posteriormente, a una reflexión sobre lo que significa ejercer discrecionalidad. Una vez expuesto lo anterior, describiremos las cualidades del precedente judicial como marco en el que se desarrolla, notablemente, la función creadora de normas jurídicas generales por parte del juez. Finalmente, indagaremos el modo en que, en el contexto del derecho comparado (España y Estados Unidos), ha sido concebida la obligatoriedad de la jurisprudencia (o el precedente judicial) en contraste con el caso mexicano.

2. La función jurisdiccional

La jurisdicción es descrita como “... la función pública que tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas y que deben someterse al conocimiento de un órgano del Estado, el cual decide dichas controversias de manera imperativa y desde una posición imparcial.” (FIX-ZAMUDIO, 2003: 30)

La función jurisdiccional es ejercida, comúnmente, por autoridades estatales que se denominan jueces, magistrados o ministros, adscritos al Poder Judicial. En ocasiones, dicha función es realizada por otras autoridades que no pertenecen, formalmente, a tal Poder, como acontece en el caso de las jurisdicciones agraria, laboral y contencioso-administrativa en nuestro país. Por tanto, el término “jurisdicción” no coincide extensionalmente con el concepto “judicial”, este último referido al universo de los jueces (como las normas que ordenan su nombramiento, estabilidad, promoción y egreso del Poder Judicial, entre otras análogas).

La doctrina antes expuesta corresponde a la visión estándar de las funciones estatales cuyo origen teórico radica en los siglos XVIII y XIX. Conforme a ella, la función legislativa es la única susceptible de producir o crear normas jurídicas generales, en tanto que a la función jurisdiccional compete medularmente su aplicación. Esta concepción integra lo que se conoce como el modelo de la división de poderes (o “distribución de funciones”, en la versión

moderna de Karl Loewenstein).¹⁴ Para Riccardo Guastini, dicho modelo reposa en dos principios: 1) de especialización de las funciones estatales; 2) de independencia recíproca de los órganos estatales (las decisiones de un órgano estatal no interfieren o limitan las de otro). Nótese que Guastini distingue entre “función” y “órgano”. Esta distinción permite explicar por qué existen ciertos órganos estatales que, sin hallarse incorporados al Poder Judicial, sí ejercen jurisdicción por disposición legal, como la jurisdicción contencioso-administrativa. En otros términos, tales órganos del Estado ejercen jurisdicción en sentido material, aunque formalmente no formen parte del Poder Judicial.

Interesa a los propósitos de esta investigación detenernos en el *principio de especialización*. Guastini apunta que existe especialización cuando una función “... es ejercida por un cierto órgano... de modo **exclusivo y enteramente**” (énfasis añadido). Precisa que “... una función es especializada... si, y sólo si, existen reglas que prohíben a cada órgano del Estado: 1) ejercer aquella función; 2) interferir en el ejercicio de esa función por parte del órgano al que está atribuida... y 3) privar de eficacia los actos de ejercicio de esa función.” (GUASTINI, 2001: 65)

Al ilustrar el principio de especialización Guastini menciona el ejemplo de la creación legislativa de normas jurídicas generales, señalando que compete exclusivamente al órgano legislativo tal función. Asimismo, considera que la función jurisdiccional es especializada si está prohibido a los órganos legislativo y ejecutivo del Estado resolver controversias de intereses. ¿Qué alcance poseen estas aseveraciones con especial referencia a la jurisprudencia?

¹⁴ Al respecto, señala Loewenstein que “Lo que en realidad significa la así llamada ‘separación de poderes’, no es ni más ni menos que el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones —el problema técnico de la división del trabajo— y que, por otra, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos: la libertad es el *telos* ideológico de la teoría de la separación de poderes... Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado. El concepto de ‘poderes’, pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser entendido en este contexto de una manera meramente figurativa...” LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, Ariel, Barcelona, 1964, p. 55.

A la luz actual, lo que queda de esta doctrina clásica es lo siguiente: “1. Atribuir en forma preferente una función a uno de los tres poderes, sin excluir la posibilidad de que los restantes poderes participen de ella o les sea atribuida cierta forma de actuar en ella. 2. Permitir la posibilidad de que los poderes se neutralicen unos a los otros. 3. Que se dé entre ellos una forma de colaboración o cooperación de la que derive la cumplimentación o perfeccionamiento del acto. 4. Establecer mecanismos en virtud de los cuales uno de los poderes se defiende de la acción de los otros.” ARTEAGA NAVA, Elisur, *Tratado de derecho constitucional*, tomo I, Oxford University Press, México, 1999.

La legislación mexicana reconoce la existencia y obligatoriedad de la jurisprudencia. Junto a la ley, forma parte de las denominadas fuentes formales del derecho positivo. La mera existencia de la jurisprudencia obliga al juzgador a conocerla y aplicarla a todos los casos en que exista identidad de razón jurídica. De omitirlo, incurre en responsabilidad y su resolución puede ser revocada. Si lo propio de una ley es el atributo de generalidad, por cuanto toca a los sujetos obligados a conocerla y observarla en todas las ocasiones previstas por aquélla, ¿no se observa tal atributo también en la jurisprudencia mexicana? Puesto que, en México, la jurisprudencia posee estatus de fuente normativa obligatoria, ello permite afirmar, como Miguel Carbonell, que ésta consiste en:

... la norma **general y abstracta**, emitida en principio por los órganos del Poder Judicial Federal competentes, generalmente en sus resoluciones de carácter jurisdiccional, con la finalidad de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, que reuniendo ciertos requisitos y condiciones se vuelve obligatoria para los demás casos o situaciones semejantes que se presenten ante los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía a aquellos que la emiten. (CARBONELL, 2004: 143. *Énfasis añadido.*)

Conviene apuntar aquí que, el sentido de “norma general” implícito en la definición transcrita se funda en el carácter imperativo u obligatorio que posee la jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano. Es oportuno notar, sin embargo, que su aplicación obligatoria a casos futuros que guarden identidad de razón jurídica (normativa) se impone no solamente a los jueces de “menor jerarquía a aquellos que la emiten” [la jurisprudencia], *sino también y en principio a los jueces que la hayan establecido*. Las únicas autoridades que no están constreñidas a seguir la jurisprudencia emanada de órganos inferiores son los jueces de jerarquía superior en la escala judicial. Así acontece, verbigracia, cuando el Pleno de la Suprema Corte de Justicia adopta una tesis jurisprudencial diversa a las sostenidas por dos Tribunales Colegiados de Circuito, en el caso de la resolución de una contradicción de criterios.

Por otra parte, y como señalamos insistentemente en este capítulo, la jurisprudencia no se genera automáticamente por el hecho de dictar resolución (sentencia), ni debe confundirse con ésta. Si se afirma la equivalencia entre sentencia y jurisprudencia, resulta complejo entender cómo se produce, argumentativamente, la segunda, con independencia del acto imperativo de resolver un conflicto de intereses. La sentencia (y la parte dispositiva o resolutive) no es la tesis jurisprudencial en sí misma. Esta se construye a partir de las consideraciones de fondo contenidas en ella, extrayéndose el razonamiento jurídico que fungirá, en lo futuro, como norma jurídica general, útil para la decisión jurídica, haciendo abstracción de los detalles que instruyeron la litis.

Sin duda alguna, en México los jueces (y otras autoridades competentes para ello) pueden introducir normas jurídicas generales a través de la jurisprudencia, en el sentido y forma antes

apuntados. Creemos que Guastini, al describir el principio de especialización, lo ha efectuado desde la perspectiva europea, en donde la jurisprudencia no posee el carácter de fuente formal del derecho positivo (profundizaremos al respecto al tratar el caso español, como un ejemplo típico; véase *infra*). En este tenor, con las puntualizaciones señaladas, adoptamos dicho principio para entender las funciones del Estado.

¿Existen distinciones tajantes entre las funciones legislativa y jurisdiccional? Un punto de partida útil puede ser la síntesis propuesta por Josep Aguiló Regla, quien distingue entre las denominadas “autoridades políticas” (las asociadas comúnmente con la creación y reforma de las normas jurídicas) y las jurisdiccionales conforme a los criterios básicos siguientes:

- 1) Las llamadas autoridades políticas tienen atribuida la función de cambiar (modificar) el contenido del Derecho. Las autoridades jurisdiccionales, la de hacer efectivo el contenido del Derecho.
- 2) Las autoridades políticas pueden ejercer su poder normativo a instancias propias y no necesariamente externas. Las autoridades jurisdiccionales sólo pueden ejercer su poder a instancias externas a la misma autoridad.
- 3) La competencia de las autoridades políticas no se agota con su ejercicio puntual; por ello su poder normativo puede ser explicado como formado por dos poderes complementarios: el poder de promulgar normas y el poder de derogarlas. La competencia de las autoridades jurisdiccionales se agota con su ejercicio; la sentencia, aunque no sea firme, es siempre definitiva.
- 4) Las autoridades políticas no tienen un deber de coherencia hacia el pasado; para ellas las exigencias de coherencia se resuelven en el respeto a la jerarquía normativa... Para las autoridades jurisdiccionales la coherencia no se resuelve exclusivamente en la jerarquía normativa, tiene una dimensión temporal hacia el pasado y hacia el futuro... en la medida en que el Derecho que los jueces tienen que aplicar haya permanecido estable, deben justificar cualquier modificación de los criterios de aplicación hasta entonces utilizados. Esta justificación debe ir encaminada a mostrar que había algo ‘jurídicamente incorrecto’ en los criterios de aplicación que ahora se rechazan.
- 5) Los deberes relativos al ejercicio de los poderes de las autoridades políticas se conforman fundamentalmente como límites negativos a los contenidos de sus resultados institucionales. Por ello, suele decirse que centralmente gozan de discrecionalidad. Por el contrario, los deberes relativos al ejercicio de los poderes de las autoridades jurisdiccionales tratan de predeterminar en positivo el contenido de sus resoluciones. En consecuencia, centralmente no gozan de discrecionalidad.
- 6) Las autoridades políticas no tienen un deber de independencia. Para poder desempeñar la función de cambio que tienen encomendada pueden (e incluso tienen que) representar intereses sociales extraños al orden jurídico. Las autoridades jurisdiccionales sí tienen un deber de independencia... las únicas razones que pueden invocar para justificar sus decisiones tienen que venir suministradas por el propio orden jurídico... no pueden actuar en representación de intereses sociales extraños al Derecho. (AGUILÓ, 2000: 121-123)

Por su relevancia en el ámbito de esta investigación, nos detendremos en la clásica oposición entre *actos de creación* y *actos de aplicación* de normas jurídicas generales, su comprensión por la doctrina tradicional o declarativa de la función jurisdiccional y la crítica a dicha posición en el pensamiento jurídico actual. Recuérdese que, en términos de dicha posición teórica, al juez le compete ejercer un *discurso de aplicación de normas jurídicas*, no así crearlas o cambiarlas. El juez declara lo que el legislador ha establecido. En una primera impresión, esta posición puede detallarse como sigue:

... Desde un punto de vista material, los actos legislativos, jurisdiccionales y ejecutivos se distinguen por su distinto contenido. Mientras que las leyes tienen un contenido normativo general y/o abstracto, las sentencias y los actos ejecutivos tienen un contenido individual y concreto. Mientras que las leyes y los actos ejecutivos son el resultado de actos de voluntad, las sentencias son el fruto de un acto de conocimiento de las normas y la confirmación empírica de los hechos. Además, la legislación es una actividad que no está reglada en la motivación de sus fines, mientras que los actos jurisdiccionales y ejecutivos son actos que aplican normas generales; por este motivo, las motivaciones legales son parte constitutiva de las sentencias. El carácter subordinado de las sentencias y actos ejecutivos se opone al carácter originario de la legislación: mientras que la legislación es un acto de creación de nuevas normas, la jurisdicción lo es de conocimiento y aplicación de normas preexistentes; los actos ejecutivos son también actos de creación, aunque con un margen de discrecionalidad más limitado. (BETEGÓN, 1997: 144)

La exposición que sigue tiene por objetivo rastrear el origen histórico-político de dicha tesis y su evolución. A través de esta breve indagación ahondaremos en la comprensión del asidero institucional del DJUR. Enfocaremos particularmente nuestra atención en los aspectos siguientes: a) el rol institucional del juez en el Estado de derecho; b) el alcance de la doctrina que distingue entre actos de creación y actos de aplicación de normas jurídicas generales, como sustento de la diferencia entre legisladores y jueces; c) el problema de la “irracionalidad legislativa”, manifiesto en las antinomias y lagunas, así como la posición del juez para superarlas. Al exponer estos aspectos vinculados con la fundamentación del DJUR tendremos en cuenta su relación con la teoría de las fuentes del derecho y del sistema jurídico.

3. La “boca que pronuncia las palabras de la ley”

En una concepción clásica o tradicional de la función jurisdiccional, típica del Estado legislativo de derecho surgido en el siglo XIX, el juez sólo declara lo establecido en las

normas puestas por el legislador.¹⁵ Al no haber sido electo, el juez carece de legitimidad política para introducir normas jurídicas generales. El juez está sometido política y jurídicamente a la ley (sistema influido por el derecho civil) o por la costumbre (sistema del derecho común), por lo que se estima que carece –al menos formalmente- de discrecionalidad para crear normas allí donde la ley no las haya previsto.

No toca al juez cuestionar la validez del derecho objetivo ni tampoco crear normas jurídicas generales. Por su boca “habla el derecho positivo”, especialmente el codificado. No existen las lagunas; por tanto, el juez nunca crea normas jurídicas generales. Una diferencia central existente entre esta forma de concebir la función jurisdiccional y la que hoy se sostiene consiste, precisamente, en el rol institucional que posee el juez, en la aceptación de las lagunas y la creación efectiva de normas jurídicas generales por vía judicial. México no escapó a la tendencia de sujetar el juez a la legislación prohibiéndole interpretarla.¹⁶

¹⁵ Sobre la naturaleza de la función judicial existen dos teorías. En la primera de ellas, se sostiene que el derecho siempre preexiste a la decisión judicial y que hay disponible una respuesta única correcta para cada caso. El juez sólo declara cuál es la regla aplicable haciendo manifiesto un contenido predeterminado. En cambio, en la segunda teoría se postula que los jueces crean frecuentemente normas jurídicas que les permiten resolver los casos planteados. La primera es la teoría declarativa de la función judicial sostenida, entre otros juristas, por Blackstone en el mundo anglosajón y los miembros de la escuela de la Exégesis en la tradición jurídica del derecho civil. La segunda, la doctrina constitutiva, ha sido esgrimida por Gray, Holmes, Cardozo, Pound, Salmond y Hart en el derecho común y por autores como Francois Gény en la tradición del derecho civil.

En su reconocida obra sobre el precedente judicial, Iturralde Sesma apunta: “Dos críticas a la teoría declarativa son los principales puntos de apoyo de la teoría constitutiva. En primer lugar, la teoría declarativa no es compatible con el origen y desarrollo del derecho. La decisión de un tribunal no puede realizar cambios en el derecho y, en el caso de que esto fuera compatible con la teoría declarativa, ésta perdería las ventajas que tiene sobre la teoría constitutiva, esto es, que los jueces son intérpretes pasivos y que no se necesita que los jueces hagan derecho con carácter retroactivo... la dificultad estriba en conciliar dicha teoría con la tesis de que el derecho es un conjunto completo de reglas siempre preexistentes y suficientes para cualquier caso que surja en el futuro, y con el hecho de que hay muchos casos en los que no hay posibilidad de encontrar la regla, opinión, costumbre o uso preexistente. La segunda crítica pone de relieve que no se puede conciliar la evolución del derecho con la tesis de que la tarea del juez es meramente declarativa...” ITURRALDE SESMA, Victoria, *El precedente en el common law*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 26-30 (*passim*).

¹⁶ Al examinar la historia constitucional mexicana, Manuel González Oropeza recoge un testimonio de cómo la ideología formalista dominó, desde los orígenes del constitucionalismo, la concepción del rol del juez: “Fue común durante el siglo XIX prescribir en el más alto nivel normativo de las entidades federativas [es decir, sus constituciones] la prohibición por parte del poder judicial para interpretar o suspender la aplicación de las leyes, por lo que cualquier duda de ley que surgiera, debería hacerse del formal conocimiento al Congreso del Estado, por

La historia del pensamiento jurídico suele estimar a la Escuela francesa de la exégesis como un modelo típico del formalismo positivista decimonónico. Resulta sumamente ilustrativo recoger la opinión de Laurent, uno de los comentaristas más notables del Código civil francés de 1804: “Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, éste no tiene ya por misión hacer el Derecho: el Derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el Derecho está escrito en textos auténticos. Pero para que los Códigos presenten esta ventaja, es preciso que los autores y magistrados acepten su nueva posición. Con gusto diría que deben resignarse a ella... No es verdad que el papel de los jurisconsultos se encuentra reducido; sólo que no deben tener la ambición de hacer el Derecho al enseñarlo, o aplicarlo... A ellos no les toca el trabajo de legislar, sino al poder legislativo. La consecuencia es evidente: haciendo el Derecho, los autores y los magistrados usurparían al Poder (sic) que la Nación soberana ha investido con esa atribución.” (BONNECASE, 1944: 141) Hay quien sostuvo, incluso, que el juzgador debía “humillar su razón ante la ley”.¹⁷

El sometimiento del juez a la ley y la prohibición de interpretarla tuvieron su fuente en el *référé législatif* (reenvío al legislador), institución francesa impuesta por ley de 1790, emitida en plena revolución. Como explica Frédéric Zenati,

La interpretación doctrinal prevaleció bajo el régimen absolutista y desempeñó un rol esencial en la construcción del derecho francés a partir de las costumbres codificadas por

conducto del gobernador, sin que el tribunal superior de la entidad pudiera plantearla directamente al poder legislativo... los jueces no podían ejercer otras funciones más que las de juzgar y hacer que se ejecutara lo juzgado... Tamaulipas llegó a sancionar con la remoción de la autoridad si ésta se atrevía a interpretar la ley, así como a multar a los particulares que indujesen la interpretación de las leyes por autoridades distintas a la legislativa... La interpretación judicial fue adquiriendo carta de naturalización a partir de la reglamentación del juicio de amparo. Los debates de la ley correspondiente de 1869 y la ley de 1882, plasmando legislativamente a la jurisprudencia, fueron fundamentales en esta vertiente.” GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “La interpretación jurídica en México”, en: VÁZQUEZ, Rodolfo (compilador), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México, 2001, pp. 240-241.

¹⁷ Mourlon, otro de los comentaristas del Código Napoleón, no vacila en describir lo que es un “mal juez” según la exégesis: “... un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley... Nada está sobre la ley, y es prevaricación el eludir sus disposiciones so pretexto de que no se encuentra de acuerdo con la equidad natural. En jurisprudencia no hay ni puede haber mayor razón ni mejor equidad, que la razón o equidad de la ley. Desgraciadamente, en la práctica, esta regla no es bien comprendida. ¡Todos los días vemos a los jueces tratar por medio de vanas sutilezas de las soluciones del Derecho positivo y pervertirlo a fuerza de equidad! ¡Estos son malos jueces!” Citado en: BONNECASE, Julien, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, ediciones Cajica, México, 1944, p. 160.

el monarca. La jurisprudencia era casi inexistente como fuente normativa y medio de interpretación... La Revolución, que combatía a los doctores con el mismo empeño que desconfiaba de los jueces, quiso acabar con la interpretación doctrinal codificando todo el derecho y reservando su interpretación al poder legislativo promoviendo la técnica monárquica del *référé législatif*. Los jueces debían apelar al cuerpo legislativo en todas aquellas ocasiones en que fuese necesario interpretar la ley o introducir una nueva norma. El carácter impracticable de este sistema condujo, de hecho, a reinstaurar la interpretación doctrinal. Pero el retorno a los glosadores no podía prevalecer en un tiempo donde la seguridad jurídica imponía exigencias superiores de coherencia normativa, menos aún en un Estado que había hecho de la unidad del derecho su principio fundamental... (ZENATI, 2007) ¹⁸

Con independencia de si el juez deba o no consultar ante el legislador sus “dudas de ley”, lo cierto es que siempre ha estado constreñido a fundar sus sentencias en normas provenientes del sistema jurídico que le confiere competencia para juzgar. El deber de apoyar sus decisiones en una norma jurídica general proveniente de las fuentes formales se contrapone a la arbitrariedad y es uno de los rasgos típicos del Estado de derecho.

Hemos introducido el término “formalismo” al describir el lugar del juez en el Estado de derecho del siglo XIX. En relación a su influencia en el derecho, pueden destacarse algunos rasgos vinculados con nuestra investigación. Siguiendo a Manuel Atienza: a) el formalismo concibe al derecho positivo como un sistema completo y coherente, poco o nada proclive al cambio, capaz de ofrecer una respuesta correcta a toda cuestión jurídica; b) el juez está obligado a fallar en toda causa que le sea planteada, empleando para ello una norma del sistema jurídico y la subsunción; c) la interpretación jurídica nunca es discrecional o subjetivista; d) puesto que el derecho es concebido en forma estática, el formalismo positivista expresa una visión conservadora de la sociedad, que no corresponde a nuestra idea actual del Estado de derecho. (ATIENZA, 2001: 277-279)

Al detallar la influencia del formalismo en el pensamiento jurídico, Manuel Atienza resalta:

¹⁸ « L'interprétation doctrinale a prévalu pendant tout l'Ancien droit et a joué un rôle essentiel dans l'édification du droit français à partir des coutumes codifiées par le roi. La jurisprudence était quasi-inexistante en tant que source normative et moyen d'interprétation...La Révolution, qui combattait les juristes savants autant qu'elle se méfiait des gens de robe, a voulu mettre un terme à l'interprétation doctrinale en codifiant tout le droit et en réservant son interprétation au pouvoir législatif par la promotion de la technique monarchique du référé législatif. Les juges devaient s'adresser au corps législatif toutes les fois qu'ils croyaient nécessaire d'interpréter la loi ou d'en faire une nouvelle. Le caractère impracticable de ce système a eu pour effet de rétablir *de facto* l'interprétation doctrinale. Mais le retour aux glossateurs ne pouvait pas être durable à une époque où la sécurité juridique imposait des exigences supérieures de cohérence du droit, a fortiori dans un Etat qui avait fait de l'unité du droit son principe fondamental... »

El formalismo como característica del Derecho moderno... viene a identificarse con lo que Weber llamó ‘racionalidad formal’... significa que el Derecho moderno consiste esencialmente en *reglas*, o sea, las premisas de los razonamientos jurídicos funcionan como razones excluyentes o perentorias... de manera que en muchos o en la mayoría de los casos los decisores (los aplicadores) pueden prescindir de las circunstancias particulares de los casos, esto es, de las razones para la decisión que en principio serían de aplicación para decidir el caso, pero que, al no figurar en la regla abstracta preestablecida, el decisor no necesita tomar en consideración; lo que significa también que la aplicación de las normas puede hacerse sin que entren en juego los criterios morales y políticos del aplicador. La práctica de la aplicación del Derecho –de la toma de decisiones jurídicas-, salvo en supuestos marginales, resulta así no sólo simplificada, sino que se vuelve relativamente previsible, ya que esos órganos –los jueces- no necesitan llevar a cabo, en sentido estricto, una tarea deliberativa. (ATIENZA, 2006: 25)

Como ha quedado manifiesto, el formalismo positivista defiende a ultranza el dogma de la plenitud (o completitud) hermética del sistema jurídico. Este dogma, contenido implícitamente en diversas codificaciones, sostiene la idea de que todo sistema jurídico es completo, entrañando la consecuencia de que carece de lagunas. Por ende, el derecho positivo siempre provee una “respuesta jurídicamente correcta” para cada caso controvertido. Puesto que la tarea del legislador es perfecta y acabada, no puede afirmarse que el juez detente discrecionalidad alguna. Siguiendo el análisis de Eugenio Bulygin,

1) Los jueces tienen la obligación de resolver todos los casos que dentro de su competencia les fueron planteados y si bien la competencia de un juez suele ser limitada, se supone que la competencia de todos los jueces es exhaustiva en el sentido de que para todo problema jurídico siempre ha de haber un juez competente. 2) Las resoluciones de los jueces deben ser fundadas en normas jurídicas. Si los jueces están obligados a resolver todos los casos mediante sentencias fundadas en normas jurídicas, se infiere –en virtud del principio ‘deber implica poder’- que los jueces pueden cumplir esa obligación, de donde se sigue: 3) En el derecho se encuentra siempre una solución para cualquier problema jurídico planteado al juez. (BULYGIN, 2005: 30)

A la expansión del formalismo positivista contribuyó, notablemente, el movimiento codificador conforme al modelo francés de 1804. Los nacientes Estados latinoamericanos siguieron mayoritariamente dicho modelo y adoptaron las tesis de la escuela de la exégesis.¹⁹

¹⁹ Al respecto, Alejandro Guzmán Brito considera que “Esta poderosa influencia del *Code* en las primeras codificaciones americanas se explica en parte por las mismas razones que explican similar influencia en Europa, vale decir, tanto por el prestigio político-militar de Napoleón, cuanto por las intrínsecas cualidades técnicas de ese cuerpo legal. Se agrega la ausencia de otro modelo obediente a una tradición semejante a la del país que iba a codificar, porque los otros

Hasta el día de hoy, las codificaciones influidas por el Código civil francés de 1804 disponen que “el silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces para dejar de resolver una controversia” (recogido en el artículo 18 del Código Civil para el Distrito Federal). Conocido doctrinalmente como *principio de inexcusabilidad*, supone que siempre existirá un juez competente para fallar una causa y que éste se encuentra obligado a fallar. Sin embargo, en opinión de Alchourrón y Bulygin, el dogma de la plenitud fue entendido erróneamente por los sostenedores del formalismo positivista. Tal error tuvo su fuente en la confusión entre el ideal científico de *querer* que todo sistema jurídico sea completo y el hecho de que dicho sistema lo sea realmente, una vez contrastado con los casos concretos. Así,

Decir que la completitud de los sistemas normativos es un *ideal* y que ese ideal presupone que todos los casos son solucionables, no implica que el ideal se haya realizado en algún sistema determinado y que todos los casos estén efectivamente solucionados en ese sistema. Insistimos en esta distinción... porque algunos juristas sostienen, no sólo que tal o cual sistema jurídico es completo... sino que todos los órdenes jurídicos son completos. Esta última tesis... supone una confusión entre el ideal y la realidad. Creer que los sistemas jurídicos son completos porque deben serlo es una ilusión: derivar la completitud de la exigencia de completitud es una falacia. La exigencia es... racional, pero la razón no justifica la inferencia... (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 2002: 235-236)

No debe estimarse, empero, que todos los cultores de la exégesis coincidieron respecto a la racionalidad perfecta de la obra legislativa. Como expresó tempranamente el profesor Oudot, uno de los primeros críticos de la exégesis, “... Si un código fuese un monumento maravilloso de lógica, que ejerciera sobre la inteligencia el irresistible ascendiente de una clasificación que desafiara toda crítica, el primer método [exegetico] sería el único bueno y posible. Pero, atengámonos a la realidad. Un Código no es, como toda obra de la inteligencia humana, sino la conquista actual del error de la víspera, en espera de que el trabajo de los pensadores lo perfeccionen en el futuro...” (BONNECASE, 1944: 202) En otras tradiciones jurídicas, como la integrada por la escuela histórica comandada por Frédéric Karl von Savigny, se dudaba de la utilidad de la codificación, tal y como lo testimonia la polémica establecida entre dicho autor y el jurista Anton F.J. Thibaut en 1814.²⁰

modelos disponibles, como el código prusiano de 1794 o el austriaco de 1811, por más que se basaran en el derecho romano, llevaban sobre sí la pesada carga del dogmatismo iusnaturalista, extraña a la tradición americana, y el primero agregaba, como desventaja, su enorme volumen, sin hacer caudal de la lengua en que habían sido redactados en ambos casos. Pero no menos decisivo fue un factor extrínseco: la urgencia por codificar, que en todos los casos funcionó a favor del código francés.” GUZMÁN BRITO, Alejandro, « El tradicionalismo del Código Civil peruano de 1852 », en : Revista de Estudios histórico-jurídicos, número 23, Valparaíso, 2001.

²⁰ Argumentaba Savigny : « ... Puesto que el código está destinado a ser la única fuente del Derecho, debe contener efectivamente de antemano la solución para todos los casos que puedan presentarse... Pero quien haya observado con atención casos litigiosos se dará cuenta

El ideal de completitud, sumado al deber de fundamentación o justificación de las resoluciones judiciales no agota un problema que suele presentarse en la aplicación de normas. En efecto, cabe la posibilidad de que un sistema jurídico carezca de una norma exactamente aplicable a un caso.²¹ Pese a su generalidad, la ley “puede callar allí donde debió hablar”. La laguna normativa suele definirse, precisamente, como la ausencia de disposición allí donde debe haber una para regular el caso. Este problema, aunado a las dificultades prácticas de someter toda cuestión de interpretación a la autoridad legislativa, condujo a repensar el rol del juez.

Sin duda, la ley presenta insuficiencias. Aún la exégesis terminó por aceptarlo, si bien a regañadientes. ¿Pierde por ello validez científica el dogma de la plenitud? De ningún modo. Como ideal racional, preserva su validez en el discurso de la ciencia jurídica. Ahora bien, independientemente de la posición teórica que pueda adoptarse respecto a la función de juzgar, lo cierto es que el juez siempre está obligado a justificar sus sentencias, entendiendo por tal el acto de “... construir una inferencia o razonamiento lógicamente válido, entre cuyas premisas

fácilmente de que esta empresa ha de ser infructuosa, porque los casos reales presentan diversidades más allá de lo imaginable... el código, por su novedad, por su afinidad con los conceptos que dominan la época y por su autoridad externa, atraerá indefectiblemente hacia sí toda la atención, desviándola de la verdadera fuente del Derecho, de manera que esta oscura e inobservada existencia se verá privada de las fuerzas espirituales de la nación, que son las únicas que pueden conferirle autoridad...” THIBAUT, Anton F., y SAVIGNY, Karl Friedrich von, *La codificación. Una controversia programática basada en sus obras*, traducción de José Díaz García, Aguilar, Madrid, 1970, pp. 64-65.

²¹ “El término ‘caso’ -aclara Eugenio Bulygin- es ambiguo tanto en el lenguaje corriente, como en el lenguaje jurídico: así hablamos del caso del atentado político y del caso del ataque a las Torres Gemelas. La palabra ‘caso’ alude aquí, sin embargo, a dos cosas bien distintas. El caso de atentado político está caracterizado por un conjunto de propiedades (un hecho de violencia tendente a causar daños a personas o cosas, producido por razones políticas). El atentado político puede producirse... en distintos lugares y en diferentes momentos... Para despejar esta ambigüedad usaré los términos *caso genérico* y *caso individual*. Un caso individual es un evento concreto ubicado en tiempo y espacio, cuyos protagonistas son individuos; un caso genérico es una propiedad o conjunto de propiedades que pueden ejemplificarse en un número indefinido de casos individuales.

Paralelamente, podemos distinguir entre *soluciones genéricas*, que son tipos o clases de acciones caracterizadas normativamente (como obligatorias, prohibidas o permitidas), y *soluciones individuales*, que son actos u omisiones realizados por individuos determinados, localizados espacial y temporalmente, calificados como obligatorios, prohibidos o permitidos. Es importante tener presente que ni los casos genéricos, ni las soluciones genéricas se refieren a hechos reales, sino tan sólo a hechos posibles. En cambio, los casos y las soluciones individuales se refieren a hechos reales.” BULYGIN, Eugenio, “Creación y aplicación del derecho”, en: ATRIA, Fernando (et al.), *Lagunas en el derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2005, p. 32.

figura una norma general y cuya conclusión es la decisión. El fundamento de una decisión es una norma general de la que aquélla es un caso de aplicación...” (BULYGIN, 1991: 356) Con ello, se cumple la regla del DJ consistente en que toda decisión jurídica debe estar soportada, al menos, en una premisa universal, sea ésta una regla o un principio.

En un Estado de derecho, todos los actos de autoridad deben estar fundados y motivados. Entre dichos actos se ubica la sentencia. Cuando una sentencia carece de los requisitos formales apuntados, no podría afirmarse, estrictamente, que es tal, aún cuando haya sido emitida por un juez competente. En todo caso constituiría un acto arbitrario. El positivismo formalista siempre buscó garantizar la certeza en la aplicación del derecho positivo. De ahí que la imagen prevaleciente del juez fuera la del servidor público “atado a la ley”. La concepción de un juez que ejerciera cierto grado de discrecionalidad era inconcebible. Pese a ello, las insuficiencias de la ley dirigieron la atención de los juristas hacia el problema de la discrecionalidad judicial y la indeterminación del derecho positivo.

Cuando un juez genera un precedente, trasciende el ámbito del caso particular. El precedente se funda sobre una regla o criterio genérico de decisión. Su actuación es vista no solamente en consideración al caso actual, sino en atención a los casos futuros. La nueva norma adquiere la propiedad de ser una solución genérica apta para resolver un sinnúmero de casos individuales. Pensar en el DJUR descansa, primordialmente, en la posibilidad de que los jueces puedan introducir normas generales que rijan en las decisiones del mañana. Si se rechaza la afirmación de que el precedente es germen de normas generales, es decir, normas que trascienden un caso particular, se restringe claramente su papel de fuente jurídica.

En el pensamiento contemporáneo, la construcción de una doctrina en la que el juez adquiere el papel de “creador de normas generales” descansa en dos supuestos básicos. Primero, la afirmación de que el legislador no puede preverlo todo. El principio de plenitud del ordenamiento jurídico ha de entenderse más como un ideal regulativo que como un hecho. Ocurre, también, que el legislador establezca abiertamente espacios de indeterminación conceptual, los cuales han de ser “colmados de significado” por el intérprete en los casos particulares. Segundo, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, el juez introduce en el ordenamiento nuevas normas jurídicas generales. Ello le imprime flexibilidad a la dicotomía clásica “actos de creación vs. actos de aplicación” de normas y resitúa la función jurisdiccional en el Estado constitucional de derecho. Seguidamente, examinaremos el papel que ocupa el juez en nuestro tiempo.

4. El juez en el Estado constitucional de derecho

La distancia que separa la concepción que poseemos de la función de juzgar respecto de la que se poseía en el siglo XIX se orienta por algunas tesis básicas, destacadamente: a) el reconocimiento de que en ocasiones el legislador autoriza expresamente al juez a integrar el ordenamiento (el legislador no puede preverlo todo); b) los sistemas jurídicos poseen lagunas y antinomias; c) las normas jurídicas se expresan muchas veces en un lenguaje vago y, para su determinación, pueden emplearse distintos enfoques interpretativos. Precisamente porque el juez está obligado a resolver toda controversia que se le plantee, en los casos donde el derecho positivo acusa insuficiencias puede ejercer cierto grado de discrecionalidad.

Apunta Rodolfo Luis Vigo que “La teoría contemporánea ha puesto de relieve que toda la labor de los juristas... se reduce a determinar o individualizar la solución que reclama un caso concreto; de ahí que no se verifique una diferencia sustancial entre el legislador y el juez, sino más bien diferencias cuantitativas; aquél habla imperativamente para personas y casos indeterminados, mientras que el juez habla imperativamente para personas y casos determinados.” (VIGO, 1999: 25) Ciertamente, la teoría jurídica contemporánea ha desempeñado un papel central en la modificación del rol otrora asignado al juez. Piénsese, por ejemplo, en el conocido debate Dworkin-Hart en torno a la discreción judicial o, inclusive, en el punto de vista del realismo jurídico norteamericano.

En la opinión de Luigi Ferrajoli, el Estado de derecho heredado del siglo XIX (el “Estado legislativo de derecho”) ha observado cambios sustanciales que resumimos así: 1) La validez o fuerza de obligar de la ley depende hoy no solamente de los procedimientos constitucionales previstos para su creación sino, también y en grado superior, a la conformidad de la ley con los derechos fundamentales y la dignidad humana; 2) la ciencia jurídica se ve compelida a armonizar las posibles antinomias entre la norma constitucional y la legislativa, siempre haciendo prevalecer la primera en razón del predominio de los derechos; 3) la función jurisdiccional deja de concebirse como un mero acto de aplicación de normas generales a casos individuales, resaltándose su carácter de intérprete de la constitución y de la ley, favoreciendo el activismo judicial –sobre todo en el ámbito del control constitucional–, pero también impone una severa responsabilidad a los jueces; 4) pensar en la primacía de los derechos supone que el Poder Legislativo, e incluso el Poder Constituyente, quedan subordinados a su reconocimiento y tutela, imponiéndose un freno político a la libertad de crear normas jurídicas generales. Estos cuatro elementos se acompañan de fenómenos más o menos definidos como “el colapso de la capacidad reguladora de la ley y el retorno al papel creativo de la jurisdicción”; “la pérdida de la unidad y coherencia de las fuentes” así como también la “convivencia y superposición de diversos ordenamientos concurrentes”. La legislación, “obra de legisladores todavía más desordenados”, abre paso a la discrecionalidad judicial y confiere a la jurisprudencia un papel clave en la decisión (FERRAJOLI, 2003: 18-20).

El juez posee, ciertamente, una función capital en el Estado constitucional de derecho. Entre los muchos ángulos que pueden servir para examinar cómo se ha modificado la teoría clásica sobre la función jurisdiccional, destacamos aquí dos. El primero, concerniente a la vigencia de la distinción entre *actos de creación vs. actos de aplicación de normas*. El segundo, la cuestión de la *discrecionalidad judicial*, con especial referencia a la creación judicial de normas jurídicas. A continuación planteamos en qué medida la doctrina jurídica contemporánea ha contribuido a modificar la imagen tradicional de la función jurisdiccional partiendo del estudio de los dos problemas señalados.

5. Sobre la creación judicial de normas jurídicas generales

Como vimos anteriormente, en el modelo clásico la separación entre crear y aplicar normas jurídicas era clave para situar a cada una de las funciones estatales. Así, bajo ningún concepto el juez podía crear normas jurídicas generales para resolver un caso, ya que ello lo tornaría en un legislador de hecho y quebrantaría la división de poderes. En principio, en aras de la seguridad jurídica toda decisión debe adoptarse con base en reglas predeterminadas.

Sin eliminar la distinción entre función legislativa y función jurisdiccional, la teoría jurídica contemporánea ha reconsiderado la relación entre actos de creación y de aplicación de normas mostrando que, en la práctica, no se verifican de manera pura, delimitada y tajante. En esta sección examinaremos el modo en que ha sido modificada la visión tradicional que se tenía del juez con el objetivo de caracterizar nuestra tesis en torno a la creación judicial de normas jurídicas generales, fundamental para la comprensión del DJUR. Es cierto que los jueces no tienen, por función ordinaria, la de introducir normas jurídicas generales en el ordenamiento en cada sentencia. Sin embargo, en ocasiones los jueces lo hacen a través de procesos de interpretación y argumentación jurídica, integrando el ordenamiento. Cuando así ocurre, el DJUR adopta uno de sus papeles más relevantes, a saber el de contribuir a la coherencia interna del Derecho.

Al respecto de lo que significa “crear normas jurídicas generales”, Eugenio Bulygin ha propuesto una condición necesaria mínima para que cobre sentido afirmar que, en ciertos casos, una autoridad estatal realiza tal acción. En efecto,

... para que una norma formulada por una autoridad normativa sea considerada creada por ella, el contenido de esta norma no ha de ser idéntico al de alguna otra, perteneciente al mismo orden jurídico, ni consecuencia lógica (deducible) de otras normas. No pretendemos dar una definición de ‘crear’ sino tan sólo indicar una condición necesaria para que una norma pueda ser considerada como ‘creada’... (BULYGIN, 1991: 360)

Siguiendo el modelo propuesto por Alchourrón y Bulygin, las normas generales “... correlacionan un caso genérico con una solución [genérica]... De esta manera, el legislador puede solucionar un número infinito de casos individuales mediante un número finito de normas generales...” (ALCHOURRÓN & BULYGIN, 2002: 59). Los casos son “... circunstancias o situaciones en las cuales interesa saber si una acción está permitida, ordenada o prohibida, por un determinado sistema normativo.” (*Ibidem*: 52) El conjunto de todos los casos es designado “universo de casos”. Cuando un sistema jurídico no prevé una solución genérica para una serie de casos, suele afirmarse que ocurre una laguna normativa. Sobre el tema de las lagunas se distinguen dos posiciones definidas: o bien se afirma que no existen realmente, o bien que sí pueden ocurrir. Cuando se sostiene lo primero, la respuesta estándar afirma que las lagunas acontecen en el nivel “micro” o de los ordenamientos específicos, pero a nivel “macro” o del sistema jurídico siempre habrá una norma aplicable. Por tanto, la capacidad de introducir nuevas normas jurídicas generales, particularmente, vía judicial, es nula. En cambio, quien sustenta que las lagunas efectivamente acontecen, admite que ningún sistema jurídico puede prever todos los casos (y las soluciones correspondientes), por lo que en ocasiones se impone integrarlo a través de la incorporación de nuevas normas jurídicas, siguiendo las condiciones necesarias mínimas descritas por Bulygin. Llegados a este punto, podemos apuntar lo siguiente:

- a) Para que tenga sentido hablar de una nueva norma jurídica general, ésta ha de cumplir con dos condiciones necesarias mínimas: que no sea posible deducirla de otra ya existente en el ordenamiento jurídico y que su contenido no sea idéntico al de otras.
- b) Un sistema jurídico puede describirse como el conjunto de casos y soluciones genéricos. Cuando no resulta posible ubicar una solución genérica para una serie de casos genéricos, se plantea el problema de una laguna normativa y se torna indispensable fijar una solución (bien que se estime como “aparente” tal laguna o como “real y efectiva”).

Sentado lo anterior, se impone ahora esclarecer el significado del concepto *generalidad* comúnmente asociado a las normas jurídicas. Los juristas suelen concebir a la norma jurídica, al menos a las normas de mandato, como una formulación que determina deónticamente las conductas humanas, calificándolas de permitidas, obligadas o prohibidas. Esta concepción está influida por el pensamiento de Georg Henrik von Wright, filósofo y lógico, quien en su obra *Norma y Acción* (1963, primera edición) estableció una teoría general de las normas. Su concepción acerca de lo que significa la noción de *generalidad* nos será especialmente útil aquí.

El objeto central del estudio de von Wright relacionado con las normas son las prescripciones. Precisa: “Las leyes del estado son prescriptivas. Establecen reglamentos para la conducta e intercambio humanos. No tienen valor veritativo. Su finalidad es influenciar la conducta...”

Puede utilizarse el contraste ‘prescriptivo/descriptivo’ para distinguir las normas de lo que no son normas...” (VON WRIGHT, 1970: 22) Las prescripciones son una especie de normas (como las reglas y las directrices). Los mandatos, permisos y prohibiciones caracterizan a las prescripciones y poseen lo que von Wright designa como “núcleo normativo”. Dicho núcleo está compuesto por tres elementos que integran la estructura formal o común a la mayoría de las normas, a saber: a) el carácter; b) el contenido (ordenado, permitido, prohibido) y c) la condición de aplicación. Otros, como la autoridad, el sujeto, la ocasión, la promulgación y la sanción, son específicos de las prescripciones.²²

¿Cuándo ocurre que una norma (en el caso, una prescripción) pueda calificarse de **general**? La generalidad emerge a la luz de dos elementos de las prescripciones: *los sujetos y la ocasión*. Así, sostiene Von Wright:

Diremos que una prescripción es general en relación a sus sujetos **cuando se dirija a todos los hombres sin restricción o a todos los hombres que respondan a una determinada descripción**.

Las leyes del Estado, en cuanto que conciernen a la conducta de los individuos, son ejemplos de prescripciones que se dan para individuos que responden a una determinada descripción...

²² El *carácter* de una norma “... depende de si la norma se da para que algo deba o pueda o tenga que no ser hecho.” Acota von Wright: “Si una prescripción se da para que algo deba ser hecho, a menudo la llamamos mandamiento u orden. Si se da para que algo pueda ser hecho, la llamamos permiso. Si, finalmente, se da para que algo tenga que no ser hecho, la llamamos prohibición”. El *contenido* de una norma es “... aquello que debe o puede o tiene que hacerse o no hacerse... es... la cosa prescrita (mandada, permitida, prohibida). Ahora bien, la *condición de aplicación* es “...aquella condición que tiene que darse para que exista oportunidad de hacer aquello que es el contenido de una norma dada...” Desde el ángulo de la condición de aplicación, las normas pueden ser categóricas e hipotéticas. Por otro lado, la *autoridad* es “... el agente que da o emite la prescripción... las prescripciones se producen como resultado de una acción.” Las prescripciones se designan positivas si provienen de un agente empírico o humano: “Las leyes del Estado, las legislaciones de un magistrado, los estatutos de una corporación, son ejemplos de prescripciones positivas...” La autoridad de una norma puede ser, a su vez, heterónoma o autónoma. Será heterónoma si la autoridad y el sujeto destinatario son diferentes y autónoma cuando acontezca el fenómeno inverso.

El *sujeto* de la prescripción es, meramente, el destinatario de ésta. En cuanto a la *ocasión*, ésta se refiere a los elementos de modo, tiempo y lugar que informan el cumplimiento de la prescripción. La *promulgación* concierne la formulación lingüística de la prescripción para que ésta sea conocida y acatada. VON WRIGHT, Georg Henrik von, *Norma y acción. Una investigación lógica*, traducción de Pedro García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1970, pp. 87-97, *passim*.

...una prescripción que se dirige (manda, permite o prohíbe) a todos los agentes de una determinada descripción disyuntivamente, no es una prescripción que es general con relación a sus sujetos. La prescripción es particular con relación a su sujeto, siendo este sujeto un agente colectivo.

...

A una prescripción que es para una ocasión específica solamente, la llamaremos particular con relación a la ocasión. ‘Abre la ventana ahora’, es un ejemplo...

A una prescripción que es para un número finito de ocasiones específicas, también la llamaremos particular...

A una prescripción que es para un número ilimitado de ocasiones, la llamaremos general, con relación a la ocasión.

...

Como se ha hecho notar..., las consideraciones relativas al sujeto y la ocasión llevan a una clasificación de las prescripciones en particulares o generales.

Llamaremos a una prescripción particular, si es particular con relación al sujeto y a la ocasión.

...

Llamaremos a una prescripción general, si es general con relación al sujeto o a la ocasión (o a ambos). Si es general con relación a ambos, al sujeto y a la ocasión, la llamaremos eminentemente general. (*Ibidem*: 94-97. Énfasis añadido.)

Por lo antes expuesto, y con independencia de cuál sea la autoridad estatal que esté facultada para crear normas jurídicas generales, entendemos que poseerán tal calidad cuando su formulación **dirija prescriptivamente las conductas de clases de sujetos en un número indeterminado de ocasiones**. Antes de fijar nuestra posición en torno a la posibilidad de la creación judicial de normas jurídicas generales, conviene detenerse un momento en dos de las posiciones teóricas que, en la historia de la teoría jurídica, han sido adoptadas por algunos doctrinarios. Para ello, seguimos la descripción que Aguiló Regla formula sobre el tema, señalando que existen dos maneras de negar tajantemente la creación judicial de normas jurídicas generales. A la primera le denomina *judicialismo extremo* y a la segunda posición *deductivismo extremo*.

Desde la práctica de un judicialismo extremo, se afirma que las decisiones judiciales son fruto de actos puros de voluntad. Las normas jurídicas establecidas por el legislador no obligan al juzgador, ya que la “verdadera norma jurídica” es la introducida y aplicada en la sentencia, no

la que subyace en el texto legal. Esta visión ha sido esgrimida por el realismo jurídico estadounidense en su versión más radical.²³

Como lo ha caracterizado Isabel Lifante, para quienes sostienen el judicialismo extremo:

... la premisa normativa que el juez utiliza en su argumentación no puede venir dada por el ordenamiento jurídico, sino que ha de ser creada por los propios jueces. Es precisamente en esta tarea creativa en lo que consiste la interpretación; se trata de una actividad de transformación de las reglas formales hasta conseguir formular una premisa que pueda dar solución al caso concreto. En esta actividad, los jueces gozan de gran discrecionalidad, puesto que las técnicas legítimas de interpretación (bien de las leyes, bien de los precedentes) son consideradas lo suficientemente amplias, ambiguas y numerosas... como para que no ofrezcan una solución unívoca... Para algunos de sus representantes más radicales (como Frank), esta indeterminación no sólo es inevitable, sino que la misma resulta deseable, puesto que permite al juez la suficiente libertad para poder atender a la diversidad y complejidad de las situaciones particulares que se le presenten. Sin embargo, para otros (los más moderados), esta indeterminación puede y debe ser reducida en algún grado...

Pero también la premisa fáctica del razonamiento judicial, para los realistas, es una creación del juez. Fue Frank quien más incidió en este punto, señalando que aquí deben distinguirse dos tipos de cuestiones: las relativas a la ‘prueba de los hechos’ y las relativas a la ‘interpretación de los hechos’... Por ‘interpretación de los hechos’... este autor entiende la actividad que tiene por objeto extraer qué sector de los acontecimientos establecidos (a través de la prueba) es ‘relevante’, es decir, posee ‘significación jurídica de conformidad con la regla aplicable’. Y esta actividad... está estrechamente conectada con la interpretación de las normas, puesto que ambas se influyen recíprocamente. Se niega así la existencia de una frontera nítida entre las cuestiones fácticas y las normativas. (LIFANTE, 1999: 138-139)

²³ En el ámbito estadounidense, destacaron los realistas *escépticos frente a las normas y los escépticos frente a los hechos*. Según Liborio Hierro, “Para los escépticos sobre las reglas (Llewellyn, Bingham, Cook, Oliphant...), el principal interés estriba en diferenciar las reglas de papel de las reglas efectivas: sólo estas últimas componen realmente el Derecho y permiten formular predicciones científicamente fundadas sobre las decisiones de los Tribunales...” En cambio, prosigue Hierro, los escépticos frente a los hechos (Frank, Radin, Arnold, Green) acentuaron el funcionamiento del procedimiento, notablemente el análisis del material probatorio. Véase: HIERRO, Liborio, “Realismo jurídico”, en: GARZÓN VALDÉS (Ernesto) y LAPORTA (Francisco J.), *El derecho y la justicia*, 2ª. edición, Madrid, Trotta, 2000, p. 79.

Quien postula un judicialismo extremo tiende a olvidar lo que parece ser la cuestión más elemental: ¿cómo puede ejercerse jurisdicción sin apelar, forzosamente, a una serie de normas jurídicas que confieran la competencia para ello? Si, como se asevera comúnmente bajo el judicialismo, el juez obedece exclusivamente a su voluntad, ¿cómo puede su decisión valer *jurídicamente*? Si las normas jurídicas son, como afirmara un conocido realista, “juguetes vistosos”, perdería sentido el concepto de “juez”. Empero, es sabido que, al emitir acuerdos y resoluciones, los tribunales siempre fundamentan sus decisiones conforme a normas cuya fuente y autoridad se reconoce. Ello los vincula, necesariamente, al sistema jurídico que les otorga la competencia para juzgar. Por otra parte, sería difícil imaginar, en el ámbito del más puro voluntarismo judicial, la existencia del precedente. Si sólo vale la decisión adoptada en cada caso, carece de sentido apelar a lo decidido en el pasado. El pasado, como tal, deja de constituir una referencia útil. La libre creación del derecho por parte del juez, si bien fue un ideal sustentado por algunos doctrinarios, está lejos de representar cabalmente la realidad que pretende describir. Ahora bien, ¿qué acontece con la posición exactamente opuesta, a saber la denominada por Aguiló Regla “deductivismo extremo”?

Bajo la consideración de un deductivismo extremo “... el Derecho objetivo es completo y cerrado... aplicar... el Derecho es algo así como deducir; y, en consecuencia, del mismo modo que la conclusión no aporta nada a las premisas, la aplicación de normas no aporta nada al Derecho objetivo... Para el deductivismo extremo, la argumentación resulta inútil; es algo tan vano como pretender argumentar en favor de una operación aritmética: con los sumandos lo único que hay que hacer es sumarlos.” (AGUILÓ, 2000: 103) De lo aquí descrito se advierte que esta posición fue típica del positivismo ideológico y formalista del siglo XIX. Esta posición tampoco responde al problema de la posible creación judicial de normas jurídicas generales; de hecho, la refuta completamente afirmando que el sistema jurídico siempre prevé una solución para cada caso y que el juez debe actuar como si las lagunas normativas no existieran. Sin embargo, tal posición ha sido revisada. Hans Kelsen aceptó la posibilidad de que los jueces introduzcan normas jurídicas generales, a través de la interpretación, en ciertos casos:

... Un tribunal... puede estar facultado no sólo para producir con sus sentencias normas obligatorias individuales, válidas para el caso presente, **sino también normas generales**. Así pasa cuando la sentencia judicial crea un llamado **precedente**. Es decir, cuando la solución judicial de un caso concreto se convierte en obligatoria para la resolución de casos iguales. Ese carácter de precedente puede atribuirse a una sentencia judicial, cuando la norma individual establecida con la sentencia **no tiene predeterminado su contenido por una norma general producida por legislación o costumbre, o no lo tiene determinado unívocamente**, admitiendo así diferentes posibilidades de interpretación. **En el primer caso, el tribunal produce con su sentencia con valor de precedente un nuevo derecho de fondo; en el segundo caso, la interpretación que adopta la sentencia adquiere el carácter de una norma general... La decisión judicial en un caso concreto se convierte así en obligatoria para la resolución de casos iguales, en tanto la norma individual que expone, es generalizada...** (KELSEN, 2003: 258-259. Énfasis añadido)

En el párrafo transcrito Kelsen detalla una de las condiciones necesarias mínimas recogidas por Eugenio Bulygin para entender qué significa “creación de una norma jurídica general”, a saber el hecho de que la norma nueva no posea un contenido idéntico a otras ya existentes en el ordenamiento. También sugiere la necesidad de distinguir entre la solución del caso individual y el planteamiento de una solución genérica, particularmente cuando concluye que la solución individual se “generaliza” y adquiere valor de “precedente”. Partiendo de esta distinción, en esta investigación no se persigue describir lo que sea, en términos de Kelsen, la “norma individualizada” o bien el proceso de “individualización de una norma jurídica general”.²⁴ Lo que capta nuestra atención es, más bien, *cómo se produce una nueva norma jurídica general, vía judicial, con valor de precedente.*

Es importante destacar, también, que para Kelsen la sentencia “... es la continuación, no el comienzo, del proceso de producción de derecho”. Esta cualidad permite observar al sistema jurídico en forma dinámica, en uno de cuyos extremos radica la denominada “norma fundante o básica” y en el otro un acto jurídico “puramente ejecutivo”. Kelsen acepta que un sistema jurídico puede omitir prever “... todos los momentos que justamente aparecerán con las peculiaridades del caso concreto... En el procedimiento mediante el cual se individualiza una norma jurídica positiva general, el órgano de aplicación de la misma siempre tiene que determinar momentos que no se encuentran aún determinados en la norma general, y que no pueden ser determinados. La norma jurídica general es siempre un marco dentro del cual tiene que producirse la norma jurídica individual... ese marco puede ser más o menos estrecho o amplio. Es amplísimo cuando la norma jurídica positiva general sólo contiene la autorización para la producción de normas jurídicas individuales, sin predeterminar su contenido.” (*Ibidem*: 254) De manera ordinaria, según Kelsen, el juez “crea” normas jurídicas al individualizar la norma jurídica general al caso concreto. Empero, lo que aquí interesa elucidar es cuándo y cómo los jueces producen una nueva norma jurídica general de la cual, a su vez, podrán desprender lo que el autor denomina “norma individualizada”.

Kelsen acepta que el trabajo del juez es algo más que declarar el derecho positivo. Considera, como muchos juristas contemporáneos, que toda norma jurídica posee un grado relativo de indeterminación, sea expresamente querida por el legislador, sea involuntaria. Así,

²⁴ A propósito del uso que Kelsen hace de la expresión “norma individual”, Eugenio Bulygin acota: “... es dudoso que las llamadas ‘normas individuales’ sean normas. El término ‘norma’ parece requerir la generalidad, al menos respecto del sujeto o destinatario de la norma. Por este motivo sería probablemente más razonable denominar a la parte resolutive de una sentencia ‘disposición’ o ‘mandato’ y no ‘norma individual’...” BULYGIN, Eugenio, “Los jueces ¿crean derecho?”, en: MALEM, Jorge et al., *La función judicial*, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 25-26.

La sentencia judicial no tiene, como se suele suponer, un carácter meramente declaratorio. El tribunal no tiene sólo que descubrir y reformular un derecho ya concluido como creación y fijo, cerrado ya al proceso de su producción. La función del tribunal no es mero descubrimiento y formulación del derecho, y en este sentido, declaratoria. El descubrir el derecho se da solamente en la determinación de la norma general aplicable al caso concreto. Y también **esta determinación tiene un carácter, no puramente declaratorio, sino constitutivo...** (KELSEN, 2003: 249. Énfasis añadido.)

¿En qué sentido las sentencias son *constitutivas*? ¿Qué es lo que constituyen? Explica Lifante: "... para Kelsen las sentencias judiciales tienen carácter constitutivo en una doble vertiente: respecto a las normas y respecto a los hechos... respecto a las normas la sentencia constituye (crea) la norma individual que ella misma contiene, norma que carecía de validez (no existía) antes de ese concreto acto de voluntad. Pero las sentencias también son constitutivas respecto a los hechos, y lo son en el sentido de que lo que conforma la condición de la sanción impuesta por una norma no es el hecho en sí (el hecho que ocurre en la realidad), sino el establecimiento de que tal hecho ha tenido lugar, por parte del órgano edictor de la norma individual..." (LIFANTE, 1999: 84)

Cuando Kelsen examina, si bien rápidamente, el tema del precedente, llama la atención que de algo individual (la solución del caso concreto) pueda surgir algo general (una "sentencia con valor de precedente"). Como apunta Bulygin, habría sido más adecuado distinguir entre la disposición o fallo de una sentencia (en lugar de "norma individual") y la norma general con valor de precedente derivada de las consideraciones jurídicas expuestas en la sentencia. El fallo se circunscribe siempre al caso concreto. Resuelve, por definición, una litis. En cambio, si se acepta que de un caso individual puede emerger una nueva norma general, apta para la solución de múltiples casos futuros que presenten ciertas propiedades comunes, entonces debe utilizarse una denominación distinta a la de "norma individual" o "caso individual". Debe explicarse, también, cómo ocurre tal cosa. Si los jueces pueden crear normas jurídicas que puedan ser aplicadas a un sinnúmero de casos, este hecho nos acerca a los atributos de generalidad descritos por von Wright. Por un lado, las normas jurídicas creadas vía judicial obligarían, en principio, a los jueces mismos; asimismo, determinarían un caso genérico y una solución genérica. El precedente judicial reposa en la norma jurídica general obtenida a través del trabajo interpretativo y puede ser invocado en todos los casos gobernados por las condiciones descritas por el caso genérico.

En nuestro concepto, si bien Kelsen acepta la posibilidad de la producción judicial de normas jurídicas generales, no fue claro al distinguir éstas del proceso de su individualización a los casos concretos. Lo que resulta indudable es que, para que cualquier decisión sea *jurídica*, ha de sustentarse en normas jurídicas generales. Sea que se apoye o no la tesis de la indeterminación del Derecho, lo cierto es que toda decisión jurídica deberá sustentarse en principios y normas identificables.

Kelsen reconoce que siempre existirán conflictos de intereses que, en principio, el orden jurídico no pueda prever. Sin embargo, postula, nada impide que las lagunas normativas sean superadas aplicando el principio de prohibición, esto es, admitiendo que las conductas que no estén jurídicamente prohibidas, han de entenderse permitidas. Los juristas saben que los sistemas jurídicos no son, en el plano fáctico, completos. Como lo han expresado Alchourrón y Bulygin:

Decir que la completitud de los sistemas normativos es un *ideal* y que ese ideal presupone que todos los casos son solucionables, no implica que el ideal se haya realizado en algún sistema determinado y que todos los casos estén efectivamente solucionados en ese sistema... algunos juristas sostienen, no sólo que tal o cual sistema jurídico es completo... sino que todos los órdenes jurídicos son completos. Esta última tesis... supone una confusión entre el ideal y la realidad. Creer que los sistemas jurídicos son completos porque deben serlo es una ilusión; derivar la completitud de la exigencia de completitud es una falacia.

...

... la creencia de que todos los sistemas jurídicos son completos, no sólo ha sido compartida por números teóricos del derecho, sino que se halla presupuesta en muchas legislaciones positivas. Cabe mostrar que las exigencias que tales legislaciones imponen a los jueces, presuponen que el orden jurídico es completo y que el postulado de la plenitud hermética del derecho es, por consiguiente, verdadero.

Tales exigencias se presentan bajo la forma de tres principios... A) Principio de inexcusabilidad: “Los jueces deben resolver todos los casos que dentro de la esfera de su competencia les fueren planteados”... B) Principio de justificación: “Las resoluciones de los jueces deben ser fundadas (los jueces deben dar razones de sus decisiones)”... C) Principio de legalidad: “Las resoluciones judiciales deben fundarse en normas de derecho”... Podemos resumir los tres principios expuestos diciendo: D) “Los jueces deben resolver todos los casos que en la esfera de su competencia les fueren planteados, por medio de sentencias fundadas en normas jurídicas.” (ALCHOURRÓN & BULYGIN, 2002: 235-237)

De lo hasta aquí planteado, puede apreciarse que uno de los casos en que puede suscitarse la creación de una norma jurídica general por parte del juez es cuando existe una laguna normativa, fruto de la imposibilidad de hallar, en el sistema jurídico, una norma que correlacione un caso genérico con una solución genérica. Pero puede ocurrir que, aún habiendo una norma jurídica general claramente determinada, el órgano aplicador estime que ésta es inadecuada, arbitraria o insatisfactoria. En estos casos, el intérprete encuentra una incompatibilidad entre lo dispuesto por la norma jurídica aplicable y un determinado sistema de valores, suscitando lo que se denomina una *laguna axiológica*. Siguiendo a Alchourrón y Bulygin, “... Este tipo de lagunas presupone la existencia de alguna propiedad relevante (relevante en el sentido prescriptivo) que es, sin embargo, irrelevante (en el sentido descriptivo) para el sistema en cuestión... una propiedad que debería ser relevante es

irrelevante para el sistema. Este tipo de lagunas será llamada una laguna axiológica, para distinguirla de las lagunas normativas.” (ALCHOURRÓN & BULYGIN, 2002: 158)

Consideremos, verbigracia, el caso de un Magistrado administrativo quien se plantea si la viuda de un policía tiene derecho a reclamar una pensión por causa de muerte. Dicha viuda solicitó a la Caja de Previsión el pago de la pensión, acreditando debidamente el vínculo matrimonial que la unía al policía fallecido. En su petición argumentó que en otros ordenamientos, como la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), las viudas tienen derecho a reclamar una pensión por causa de muerte de quien fuese su marido. Por tanto, si la ley que rige la atribución de pensiones a los policías y sus causahabientes no establece expresamente tal derecho, pero sí se prevé en el caso de los demás trabajadores al servicio del Estado, ¿resulta aceptable el tratamiento desigualitario entre los policías y los no policías? Es posible que el Magistrado considere que los deudos de los policías deben ser tratados igual que quienes no sean familiares de policías. Si la ley sujeta a interpretación no plantea una solución, ha de buscarse a nivel de los principios.

El problema de la incompletitud de los sistemas jurídicos no es el único relacionado con la posible producción de normas jurídicas generales. Para autores como Herbert H.L.A. Hart, una característica propia del lenguaje es su vaguedad y porosidad. Puesto que el Derecho emplea, necesariamente, el lenguaje para establecer lo que está ordenado, prohibido o permitido, es inevitable el fenómeno de la indeterminación. En ciertos casos, la indeterminación lingüística conduce al ejercicio de la discrecionalidad judicial, pudiendo suscitar una nueva norma jurídica general:

... El ámbito discrecional que le deja el lenguaje [al órgano aplicador] puede ser muy amplio; de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional es, en realidad, una elección. El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos por virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas...

Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una ‘textura abierta’... la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho. Los lenguajes naturales... muestran... una irreducible textura abierta... (HART, 1998: 159-160)

En su examen de la teoría de la interpretación hartiana, Lifante Vidal observa que Hart propone, en realidad, diferentes tipos de indeterminación, aún cuando la lingüística o semántica sea la central. Si bien aquí nos centramos básicamente en ella, conviene señalar los demás tipos identificados por Lifante:

- 1) La indeterminación semántica de los conceptos, lo que Hart denomina la ‘textura abierta’ del lenguaje...
- 2) Los supuestos de indeterminación que Hart considera como ‘más radical’ que la mera textura abierta [es decir, cuando el legislador deja deliberadamente indeterminado alguno de los elementos de la norma jurídica, permitiendo al órgano aplicador establecerlo]...
- 3) Otros tipos de indeterminación lingüística, como la ambigüedad...
- 4) La existencia de más de una norma aplicable a un mismo caso concreto...
- 5) La indeterminación que puede originarse al tener en cuenta los propósitos perseguidos por la regla. (LIFANTE, 1999: 197)

La tesis de la indeterminación fue combatida, como se sabe, por Ronald Dworkin en sus primeros escritos. El hecho de que exista indeterminación en el lenguaje no justifica el ejercicio de la discrecionalidad, mucho menos para generar una nueva norma general. Para demostrarlo, Dworkin apela a los principios, los cuales se distinguen de las normas por cuanto: a) sus condiciones de aplicación son abiertas; b) las normas pueden ser identificadas mediante una prueba sobre su origen, lo que no acontece con los principios (por ejemplo, controlar la validez de una norma a la luz de la Constitución de un país); c) la violación de una norma suscita la aplicación de una sanción institucionalizada, lo que no ocurre en el caso de los principios. En este sentido, siempre habrá un principio que ayude a resolver el caso.²⁵

Dworkin denomina “convencionalismo” estricto a la posición teórica típica del positivismo que ata toda decisión presente a las decisiones pasadas, esto es, a las reglas preexistentes. Si no existe una solución predeterminada, el juez no debería integrar el ordenamiento a fin de respetar la seguridad jurídica y la separación de poderes. Pero existe una segunda modalidad, el *convencionalismo moderado* –como el de Hart, llamado por él “positivismo suave”–, para el cual es posible ejercer discrecionalidad en ciertos casos en los que no logre encontrarse una regla predeterminada. Finalmente, en otro ángulo están los realistas, a quienes Dworkin llama

²⁵ Podría pensarse que esta solución acerca a Dworkin a los positivistas como Kelsen, quienes encuentran que toda laguna normativa es superable a través del principio de prohibición. Tal interpretación es equivocada. Para Dworkin, los principios poseen una *dimensión moral* que no se aprecia en lo absoluto en el principio de prohibición, el cual posee una función lógica que persigue justificar la coherencia interna de los sistemas jurídicos.

“pragmatistas”. Para ellos, las reglas no vinculan en lo absoluto en el presente, de modo que el poder de decisión del juez es mayúsculo. Aquí se estaría ante un ejercicio amplísimo de la discrecionalidad.

Ni el convencionalismo positivista ni el pragmatismo realista convencen a Dworkin. Efectivamente, según Calsamiglia:

...El problema principal de las dos concepciones es que no se toman los derechos en serio. Además dotan al juez de un poder creativo de derecho sin legitimación suficiente. El convencionalismo –al admitir la discreción judicial- y el pragmatismo al perseguir el resultado más justo violan algunos principios fundamentales de la sociedad democrática como son la irretroactividad de las leyes, la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la inalienabilidad de los derechos... Los derechos triunfan frente al bienestar colectivo... El derecho ni se encuentra en las decisiones del pasado ni tampoco en las intuiciones de lo que es la justicia... (*Ibidem*: 4-5)

A Dworkin le inquieta sobremanera pensar que las reglas instituidas en el pasado puedan ser desconocidas por los jueces al introducir otras reglas como fruto de la discrecionalidad. El juez no es, ni debe ser, un legislador, ya que ello podría afectar gravemente el ejercicio de los derechos fundamentales.²⁶ Considerar lo contrario, aduce Dworkin, sería violar la separación de poderes y, más aún, contraponer el poder de los jueces a las libertades de las personas.

La introducción de una nueva regla vía judicial podría tornar nugatorio un derecho fundamental, aplicando restricciones a dicho derecho o, peor aún, negándolo. Violaría, de entrada, el principio que prohíbe la aplicación retroactiva de normas (“Todos coincidimos en que sería injusto sacrificar los derechos de un inocente en nombre de un deber nuevo, creado después del hecho”). Como puede apreciarse, la perspectiva de Dworkin se enfoca en el reconocimiento y la tutela de los derechos. Construida en franca oposición al utilitarismo, al

²⁶ En su prólogo al libro *Los derechos en serio*, Calsamiglia resume la cuestión así: “La línea de análisis de Dworkin sugiere la negación del poder político del juez sin reducir su actividad a una mera operación mecánica. En su modelo el juez es garantizador de derechos y no creador de ellos... el análisis de Dworkin no supone una quiebra del sistema de legitimación del estado democrático ni la creación de normas retroactivas. Por último, el modelo de Dworkin concuerda con la idea de que el poder judicial no tiene el poder político supremo en los casos difíciles. El hombre de la calle sabe que el poder supremo no se encuentra en los jueces y sostener ‘en bruto’ la teoría de la discreción judicial supone reconocer... que los jueces pueden desvirtuar mediante interpretación no sólo las leyes sino incluso la Constitución...” CALSAMIGLIA, Albert, “Ensayo sobre Dworkin”, en: DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 2002, p. 21

convencionalismo y al pragmatismo, la visión dworkiniana invita a tomarse los derechos en serio. Si los jueces no son electos, no representan la voluntad popular y están deslegitimados para interpretarla políticamente en sus decisiones.

Conforme a Dworkin, en última instancia no tiene sentido hablar de discrecionalidad, ni débil ni fuerte.²⁷ En el fondo, el juez siempre está obligado a entender cuál es el alcance de las reglas; qué es lo que éstas le ordenan, permiten o prohíben. El juez tiene el deber de comprender cuál es el contenido exacto de dichas reglas y aplicarlas. En última instancia, los principios proporcionan los lineamientos que han de observarse, sin que sea necesario afirmar, como lo postula Hart, que hay casos en los que el juzgador ejerce discrecionalidad. En suma, puesto que los principios forman parte del orden jurídico y obligan tanto o más de lo que obligan las normas, se sigue forzosamente que ahí donde no se advierta la existencia de una norma aplicable, resultará aplicable el principio. Por tanto, siempre hay una respuesta única correcta para todo caso y el concepto de discrecionalidad se banaliza.

²⁷ En relación al término de discrecionalidad, Dworkin identifica tres sentidos. Los dos primeros son “débiles” y el último es fuerte. En un primer sentido débil de discreción, suele emplearse para describir lo que hacen los funcionarios al aplicar normas, aplicando cierto grado de discernimiento. Dworkin plantea el ejemplo de un sargento a quien se le encomienda elegir los cinco mejores hombres de su pelotón para ejecutar una operación delicada. El margen de acción sujeto a discrecionalidad, en este caso, consiste en determinar bajo qué criterios se elegirán dichos hombres, lo cual se deja en manos del sargento. Ahora bien, un segundo sentido “débil” de discrecionalidad es aquél en donde un funcionario posee competencia para tomar una decisión definitiva, esto es, que no puede ser revisada por otra autoridad. En este caso, Dworkin cita el caso de un árbitro de béisbol que tiene la capacidad de decidir si un jugador tocó o no la segunda base. Esta competencia sería final en relación a la del árbitro principal, el cual no puede apreciar del mismo modo que el árbitro especial, situado en la segunda base, si un jugador llegó o no a ella.

Sin embargo, el sentido más polémico de discrecionalidad es el *fuerte*. Su aceptación o simplemente su práctica comprende el ejercicio de un poder considerable en el mundo social. Dice Dworkin: “... A veces hablamos de ‘discreción’ no simplemente para decir 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.” DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 2002, p. 85. Énfasis añadido.

Hart ocupó las páginas del *Postscriptum al concepto de derecho* para responder, medularmente, a las objeciones de Dworkin.²⁸ En primer término, considera que cuando los jueces ejercen discrecionalidad no proceden “arrojando los libros de derecho y empezando a legislar sin ninguna guía”. De hecho, operan con principios, los mismos que identifica Dworkin. En segundo término, el que se empleen principios no entraña que quede demostrada la tesis de Dworkin. En realidad, considera Hart, aunque se posponga el ejercicio de discrecionalidad a través de la ponderación de principios, lo cierto es que se construye una nueva regla de derecho. Los pasos de la interpretación jurídica propuestos por Dworkin no eliminan la discrecionalidad del juez. Más aún, “...en cualquier caso difícil principios diferentes que respaldan analogías en conflicto pueden presentarse también y un juez frecuentemente tendrá que escoger entre ellos confiando, **como [lo haría] un legislador consciente, en su sentido de lo que es mejor y no en ningún orden ya establecido de prioridades prescritas por el derecho.** Sólo si para todos estos casos hubiera siempre que encontrar en el derecho existente un único conjunto de principios de orden superior que asignaran pesos relativos o prioridades a tales principios competitivos de orden inferior, la importancia de la creación jurídica judicial no sería meramente diferida, sino eliminada.” (HART, 2000: 58-59. Énfasis añadido.)

En cuanto toca a la tesis de que el ejercicio de la discrecionalidad vulnera la democracia, Hart estima que el poder reconocido a los jueces nunca es tan grande que equivalga por completo al

²⁸ El propio Hart resume sus diferencias con Dworkin así: “Esta visión del derecho, en parte indeterminado o incompleto, con jueces llenando lagunas mediante el ejercicio de una limitada discreción judicial jurídico creadora, es rechazada por Dworkin como una explicación errónea, tanto del derecho como del razonamiento judicial... sostiene que lo incompleto no es el derecho, sino la visión positivista del mismo, y de que esto es así emerge de su propia explicación ‘interpretativa’ del derecho que incluye, además del derecho explícito establecido, identificado por referencia a sus fuentes sociales, principios jurídicos implícitos que son los principios que se adaptan o acordan mejor al derecho explícito y proporcionan... la mejor justificación moral para tal derecho... es a estos principios implícitos, con sus dimensiones morales, a los que los tribunales deben recurrir en los casos difíciles, cuando las fuentes sociales del derecho no logran proporcionar una solución en alguna cuestión de derecho. Es importante observar que el poder jurídico creador que adscribo a los jueces para regular casos dejados parcialmente no regulados por el derecho es diferente del [que dispone] una legislatura: no sólo porque los poderes del juez están sometidos a muchas restricciones que estrechan sus opciones... sino porque, toda vez que los poderes del juez son ejercidos únicamente para casos particulares que surgen, no puede usarlos para introducir reformas de gran escala o nuevos códigos. De esta manera, sus poderes son intersticiales y sujetos a muchas limitaciones sustantivas. Como quiera que sea, habrá cuestiones donde el derecho existente no pueda proporcionar ninguna solución correcta y para resolver casos donde esto es así, el juez tiene que ejercer su poder jurídico creador. Sin embargo, el juez no tiene que hacerlo arbitrariamente... siempre debe tener alguna razón general que justifique su resolución y debe actuar como un legislador consciente lo haría al resolver de conformidad con sus propias creencias y valores...” Véase HART, H.L.A., *Post-scriptum al concepto de derecho*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 2000, pp. 55 y 56.

de los legisladores. Puesto que éstos ejercen discrecionalidad por excepción (“en los intersticios” del derecho), no cabe pensar que su tarea sea idéntica a la del legislador. En todo caso, cualquier exceso en el uso de la discrecionalidad puede ser derogado por el legislador a través de la reforma legislativa (“puede abrogar o enmendar cualquier norma subordinada que encuentre inaceptable”, apunta enfáticamente). Finalmente, en lo relativo al argumento de que permitir el ejercicio de discrecionalidad puede generar deberes que se impongan retroactivamente en perjuicio de alguien, Hart responde que “... parece completamente irrelevante en casos difíciles, puesto que éstos son casos que el derecho ha dejado regulados de forma incompleta y no hay ningún estado conocido de un derecho claramente establecido, como para justificar expectativas.” (*Ibidem*: 60).

Llegados a este punto, conviene resaltar aquí nuestra posición respecto al problema que ocupa esta sección. Afirmamos la posibilidad de la creación judicial de normas jurídicas generales. Enfatizamos, sin embargo, que *este acto no ocurre de manera ordinaria* (como en el caso del legislador, cuya función es, primordialmente, la creación de normas.) Postulamos que, al hacerlo, los jueces pueden ejercer discrecionalidad. Finalmente, aducimos que el ejercicio de tal discrecionalidad no entraña, necesariamente, la ruptura de la división de poderes, ni tampoco controvierte forzosamente la democracia.

En el mundo contemporáneo, son dos los modelos jurídico-políticos que explican el modo en que se incorporan al sistema de fuentes las normas generales de origen judicial. Siguiendo a Aguiló Regla, uno es el modelo del precedente, propio de los países anglosajones, y el otro el modelo de la jurisprudencia, típico de los países que siguen la tradición jurídica del derecho civil. En ambos modelos se encuentran ejemplos de cómo, independientemente del hecho de juzgar, los jueces pueden generar nuevas normas que sirvan para la decisión de casos futuros. Si bien en la mayoría de los países no existe, como en México, una disposición que impone a los jueces el deber de seguir la jurisprudencia, lo cierto es que los precedentes (o la jurisprudencia) es regularmente acatada y empleada para justificar las decisiones. Partiendo del principio de justicia formal consistente en que ha de resolverse el caso presente de modo igual al caso pasado cuando entre ambos hay semejanzas relevantes, el precedente sirve de premisa en la argumentación judicial.

Puede afirmarse que la sentencia no es nunca una fuente productora de normas jurídicas sino, más bien, la decisión puntual de una litis. A lo mucho, como lo describe Kelsen, expresa la individualización de una norma general preexistente. Sin embargo, no hay que confundir la sentencia con el precedente (o jurisprudencia). Una cosa es resolver una litis a través del acto jurídico-institucional denominado sentencia y otra abstraer el criterio de interpretación de normas susceptible de aplicación general en un sinnúmero de casos futuros. Si se pretende impugnar la creación judicial de normas jurídicas generales, la crítica ha de centrarse más allá de lo fallado en el caso individual. Si un órgano jurisdiccional concluye, por ejemplo, que la figura de la prescripción prevista en determinada ley ha de aplicarse, por extensión, al campo de validez de otra en todos los casos donde se invoque por el justiciable, tal afirmación reposa

sobre un criterio prescriptivo que busca aplicarse a un sinnúmero de casos iguales. Dicho criterio rebasa el ámbito del caso individual y adquiere generalidad. En el caso de México, la prescripción, es decir, la proposición acerca de lo ordenado, prohibido o permitido conforme a la jurisprudencia se contiene en el rubro de la tesis, de modo que el órgano aplicador sepa exactamente qué se debe hacer o dejar de hacer.

Desde otra perspectiva, podría sostenerse que las normas jurídicas nunca son fruto de actos interpretativos y que, puntualmente, "... de una norma siempre podrá salir una interpretación, [pero] de una interpretación nunca podrá salir una norma." (CALVO, 1992: 170) Aquí se impugna la posibilidad de que, vía interpretación, se produzcan nuevas normas jurídicas. Se trata de una tesis que intenta anular toda forma de discrecionalidad en la interpretación. Si la jurisprudencia es posible, ésta sólo reproduciría el contenido literal de la ley, por lo que resultaría ociosa su existencia. Sin embargo, el juez requiere interpretar para juzgar. Abordar la posibilidad de la creación judicial de normas jurídicas generales no entraña, forzosamente, tornar al juez en un legislador. Evidentemente, esto no ocurre así.

¿Cuál es el alcance de la tesis de que, bajo ningún aspecto, la interpretación puede producir normas? Quizás convenga detenerse, precisamente, en la noción intrínseca que se posee acerca de la interpretación jurídica. Isabel Lifante concibe esta actividad que posee dos objetivos mayores: a) intuir directamente el significado de las palabras en un contexto determinado, como el jurídico (interpretación "noética"); b) desentrañar dudas sobre el significado de las palabras usadas por ciertos hablantes, justificando cuál sea el significado aplicable entre varios posibles (interpretación "dianoética"). Quien afirme que de un acto interpretativo nunca emergerá una nueva norma debe hacer explícita su noción de interpretación. Esta puede operar no solamente sobre contenidos lingüísticos claros. Puede, también, introducir una nueva norma jurídica general.

Por otra parte, suele afirmarse que no debe permitirse la creación judicial de normas jurídicas generales ya que ello quebrantaría la división de poderes. Para comprender el alcance de esta tesis habría que establecer si, realmente, el sistema jurídico niega totalmente a los jueces la posibilidad de introducir nuevas normas al ordenamiento, incluso de manera excepcional. Debe señalarse, en principio, que a través de la interpretación jurídica, los jueces delinean los contornos de las disposiciones contenidas en los textos legales. En ocasiones, las leyes omiten establecer cuál es la solución genérica para un conjunto de casos o, también, ocurre que el legislador haya dejado un espacio para el ejercicio de cierta discrecionalidad (como en el caso de la individualización de una multa).

En un primer sentido, la discrecionalidad puede entenderse como la facultad que otorga la norma jurídica al órgano aplicador para determinar un curso de acción entre varios posibles. Se trata de la discrecionalidad comprendida desde el ángulo de la libertad negativa, es decir, de lo que el aplicador puede hacer por el mero hecho de no estar expresamente prohibido. En

un segundo sentido, la discrecionalidad entraña la facultad de adoptar una decisión cuyo fundamento (una norma general) es determinado por el propio órgano aplicador. Se trata de un ejercicio de libertad positiva. El órgano aplicador puede introducir nuevas evaluaciones de los intereses en juego. Coincidimos con Isabel Lifante cuando se distingue la discrecionalidad de la arbitrariedad, así como en destacar que el papel creador de normas vinculado a la discrecionalidad tiene su fuente en las normas de fin: "... la tesis... que defendiendo es que lo que caracteriza a los poderes 'discrecionales' frente al resto de poderes que pueden poseer las autoridades jurídicas (y a los que suele llamarse poderes 'regulados') no sería el no estar regulados jurídicamente, sino el que su regulación vendría dada por un tipo específico de normas jurídicas: las normas de fin." (LIFANTE, 2002: 43)

Lo propio de las normas de fin es que *no determinan anticipadamente la acción a realizar*, "... sino que dicha determinación ha de ser llevada a cabo por el sujeto destinatario de la norma, quien, a la luz de las circunstancias del caso, deberá adoptar la decisión que considere más eficiente a efectos de conseguir o maximizar el fin perseguido... exigen en cada caso una ponderación de esos intereses que desemboque en la determinación del peso relativo de cada uno de ellos, y serán estas ponderaciones las que conduzcan a determinar las actuaciones a seguir en cada caso." (*Ibidem*: 433-434)

La generación del DJUR se sustenta sobre la distinción entre la sentencia y el precedente, en los términos antes esgrimidos. En efecto, sólo lo que tiene valor de precedente puede ser invocado para la solución de casos futuros. El núcleo de dicho precedente lo constituye el criterio de interpretación sustentado por el órgano jurisdiccional, mismo que debería ser adoptado en lo sucesivo. Dicho criterio de interpretación (o *ratio decidendi*) es el núcleo argumentativo del precedente y es algo distinto a una mera opinión jurídica. Si lo fuese, sería incomprensible cómo es que los jueces apelan al precedente y su fuerza perentoria en la solución de los casos que deben fallar. Ahora bien, ¿cuál es la fuente de tal fuerza perentoria? A reserva de examinarlo detalladamente en el capítulo cuarto, ésta tiene su origen en el principio de que es justo ajustar las decisiones presentes a las del pasado, en aras de la certeza y previsibilidad (principio de justicia formal). En casos como el mexicano, tal fuerza proviene directamente de la ley, concretamente en los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo. Cuando se adopta en México una tesis jurisprudencial, ésta *obliga jurídicamente* a los jueces. La tesis introduce una norma jurídica general que puntualiza una solución genérica para una serie de casos con propiedades comunes. En ocasiones, la norma así instituida no puede ser deducida lógicamente de ninguna otra, ni su contenido prescriptivo equivaler al de alguna ya existente.²⁹ En estos casos, se reúnen las condiciones que Bulygin exige para establecer la existencia de

²⁹ A manera de ejemplo, recuérdese cómo la SCJN, en materia de expropiación, sustentaba la tesis de que el acto expropiatorio podía ejecutarse sin respetar previamente la garantía de audiencia. Aquí la SCJN introdujo una nueva norma jurídica general que permitió, durante décadas, que las expropiaciones se ejecutaran sin necesidad de oír previamente al propietario. Sin embargo, a partir de septiembre de dos mil seis la tesis prevaleciente es la que se sustenta en la norma contraria. La expropiación fue definida como un acto privativo por la jurisprudencia, teniendo por consecuencia que se deba agotar un procedimiento previo antes

una nueva norma jurídica general, creada judicialmente a través de procedimientos como la analogía. En suma, la jurisprudencia se ubica como una fuente productora de normas, trascendiendo el mero acto de dictar sentencia en casos particulares. Este fenómeno se observa, también, en sistemas jurídicos en los que no se le reconoce, formalmente, tal papel.³⁰ Así, el DJUR contribuye a la integración racional del sistema jurídico.

6. El ámbito del precedente

El precedente judicial suele concebirse como “... toda decisión judicial anterior relevante para la solución de casos futuros...” (MORAL, 2002: 17) En esta definición, como en otras comúnmente citadas, están presentes diversos elementos: a) la relación entre una decisión tomada en el pasado con una que ha de adoptarse en el presente; b) un nexo de semejanza relevante entre ambos casos; c) un principio que justifica la obligatoriedad de seguir lo fallado en el pasado.³¹ Debemos resaltar que no basta que haya sido dictada una sentencia para que surja un precedente.³² La parte regulativa del precedente susceptible de aplicación a un

de ejecutar el acto expropiatorio, en respeto a la garantía de audiencia. Véase, al respecto, la tesis 2ª./J. 124/2006, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta en septiembre de 2006, visible en la página 278, cuyo rubro señala: “EXPROPIACIÓN. LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DEBE RESPETARSE EN FORMA PREVIA A LA EMISIÓN DEL DECRETO RELATIVO.”

³⁰ En los Estados Unidos de América la Corte Suprema ha adoptado numerosos criterios que han adquirido obligatoriedad general, integrando el ordenamiento. Téngase presente, verbigracia, el caso *Miranda vs. Arizona* fallado en 1966. En este asunto se puntualizó que la policía está jurídicamente obligada a señalarle al detenido que puede guardar silencio y contar con un abogado, regla que se sigue hasta el día de hoy.

³¹ Por supuesto, siempre es posible invocar otras definiciones, como las contenidas en el clásico estudio comparativo sobre el precedente dirigido por Neil MacCormick y Robert S. Summers, *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Ashgate/Dartmouth, Reino Unido, 1997. Destacamos algunas de ellas: a) “prior decisions that function as models for later decisions”; b) “description of the result or outcome of a particular decision that is thought to be of some significance”; c) “a wider rule that the decision in a particular case is alleged to instantiate or illustrate”; d) “any prior decision of any court that bears a legally significant analogy to the case before a court”; e) “binding decisions of higher courts of the same jurisdiction as well as decisions of the same appellate court”; f) “body of allegedly relevant prior decisions... a wider rule that the decision in a particular case is alleged.” (*passim*)

³² La sentencia no ha de confundirse con el precedente. La sentencia es el acto jurisdiccional en el que se resuelve una litis. “Presupone una regla que confiere a ciertos sujetos... poder para producir... resultados institucionales... se les reconoce poder para decir a otros cómo deben comportarse lo quieran o no...” AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 104-105. La sentencia se distingue

sin número de casos lo es la *ratio decidendi*, esto es la razón o criterio jurídico que informa la decisión. Si sólo se tuviera una secuencia de casos que describiesen conductas judiciales, de ello no se extraería el criterio que sirvió para resolverlos. En otros términos, de una secuencia de hechos no se extraen reglas. Por tanto, es necesario identificar la razón jurídica que orienta el precedente: éste es su elemento regulativo.

En su uso común, la palabra “precedente” es, a la vez, adjetivo y sustantivo. Como *adjetivo*, denota algo que antecede en el tiempo a una cosa. Que algo “precede” requiere, para tener sentido, referirse a un objeto con el cual se compara. De otro modo, no se entendería que una cosa está antes que otra. Sin embargo, el mero hecho de la prelación en el tiempo no agota, creemos, la esencia del concepto. El punto medular de la idea del precedente es que éste encierra un criterio jurídico que debe ser observado cuando existan condiciones semejantes de aplicación.

Cuando el término se usa como *sustantivo*, adquiere otros significados que desbordan la mera relación temporal o de sucesión de fenómenos. En el mundo jurídico destacamos por lo menos tres: 1) como sinónimo de “sentencia” que ha sido emitida en un tiempo anterior; 2) empleado en singular, se refiere a un criterio de interpretación jurídica (tesis) contenido en una sentencia, *pero no equivalente a ésta*, susceptible de orientar la decisión en casos futuros que guarden una relación de semejanza con aquél en base a una propiedad juzgada relevante; 3) usado en plural, “precedentes” denota el conjunto de sentencias en las que se ha juzgado partiendo de la semejanza de supuestos de hecho y/o de consecuencias jurídicas y de cuyo examen se revela una identidad en la razón que motivó la decisión. En esta investigación, empleamos la noción de “precedente” descrita en el punto dos, es decir, no confundimos el acto de emitir una sentencia con el criterio jurídico-interpretativo que informa dicha decisión.

En cuanto toca a la estructura lógica que estructura al precedente, ésta es cercana al razonamiento analógico según lo ha evidenciado Shiner: “... el tratamiento previo de un caso X bajo la forma Y constituye... una razón para tratar X’ de la forma Y cuando X’ se asemeje a X...” (SHINER, 2007) Wróblewski propone, por su parte, la siguiente caracterización lingüístico-jurídica del término “precedente”:

... una decisión D1 tomada bajo condiciones c1 es un precedente de una decisión D2 bajo unas condiciones c2: (3.1) D2 es una repetición de D1, o (3.2) D2 es deducible de D1 a través de reglas de inferencia aceptadas, o (3.3) D2 puede justificarse por las reglas R, mediante las cuales D1 ha sido aceptada, con el uso de idénticos o similares medios que han servido para justificar D1 bajo unas condiciones c1, o (3.4) D2 puede

de la ley por cuanto establece una disposición individualizada y la segunda se compone de normas jurídicas generales. La sentencia limita sus efectos a las partes contendientes y la ley rige para toda una clase de personas.

justificarse a través de D1 de modo diferente a (3.2) y (3.3) (WRÓBLEWSKI, 2001: 299).

Entre las razones que pueden aducirse para fundar una decisión en un precedente, Wróblewski destaca: 1) facilitar la decisión judicial sustentada en una decisión pasada (principio de inercia); 2) evitar o disminuir el riesgo de que una decisión contraria al precedente de una jurisdicción superior sea revocada; 3) favorecer la unidad de la jurisprudencia. Considera dicho autor que, en sentido estricto, se designa jurídicamente “precedente” a una decisión judicial cuando existe la obligación de conocerlo y aplicarlo a casos futuros.

En el contexto anglosajón a la obligación de seguir el precedente se le conoce como principio del *stare decisis* (es decir, estar a lo que ha sido decidido). Este principio es cercano al de *inercia* descrito por Olbrecht-Tyteca y Perelman en su **Tratado de la argumentación**. En ambos casos se acentúa el peso de la tradición y se busca la continuidad en la toma de decisiones jurídicas.³³ Debe resaltarse, sin embargo, que la obligatoriedad de seguir el precedente no se sigue del mero hecho de la repetición de conductas de los jueces. En otros términos, el que los jueces observen regularmente los precedentes no explica qué es lo que les imprime fuerza obligatoria. Así, un hecho no justifica una regla. ¿Por qué ha de seguirse el precedente? Aquí aparece el principio de *justicia formal*, esencial para comprender el precedente. Este principio exige que los casos presentes deben atender a lo decidido en el pasado siempre que existan semejanzas relevantes entre ambos. Es decir, enfatiza que, *prima facie*, no existen razones para separarse radicalmente de lo decidido en el pasado, salvo que se aduzcan argumentos de peso para ello.

Como puede apreciarse, el precedente revela la importancia que se le otorga a la continuidad y previsibilidad en la toma de decisiones. Blackstone, conocido jurista inglés citado por Eduardo Soderó, concebía al precedente como “... una regla establecida... la de atenerse a los

³³ Al respecto, aduce Frederick Shauer: “... In life, and especially in law, it is often valuable to have things settled so that others can rely on those decisions and guide their behavior accordingly...”

From the perspective of the constrained court, *stare decisis* brings the advantages of cognitive and decisional efficiency. None of us has the ability to keep every issue open for consideration simultaneously, and we could scarcely function if all of our decisions were constantly up for grabs. Especially in a court, where narrowing the issues increases the ability to focus the arguments, treating some matters as simply settled makes life easier for the court, just as it does for those who are expected to plan their lives and their activities around the decisions that courts make...

Stare decisis... serves a range o values all having something to do with *stability*... Yet however important it is on occasion to be right, following the past without regard to its rightness is pivotal to how law operates...” *Cfr. Thinking like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, Cambridge, 2009

precedentes anteriores cuando los mismos puntos se presentan nuevamente en litigio: para mantener la balanza de la justicia firme y estable, y no sujeta a variación con la opinión de cada nuevo juez; y también porque el derecho solemnemente declarado y determinado en ese caso, y que antes era incierto o quizás indiferente, se ha convertido ahora en una *permanent rule* que no puede ser alterada o modificada por ningún juez posterior de acuerdo con sus sentimientos privados... él no ha sido comisionado para pronunciar un derecho nuevo, sino para conservar y exponer el viejo.” (SODERO, 2004: 224)

Frederick Shauer enfatiza que la obligación de seguir el precedente queda probada no sólo cuando el juez de la causa lo estime correcto, sino particularmente *cuando lo estima incorrecto o injusto*. Obedecer el precedente aún en los casos en los que se juzgue incorrecto el criterio expuesto en el precedente demostraría, según Shauer, la fuerza imperativa que posee. Asimismo, considera que es la fuente del precedente la que le confiere su fuerza obligatoria, no el peso de las razones jurídicas que esgrime.³⁴ Esto significa que debe atenderse al lugar que ocupa en la jerarquía judicial el tribunal que lo emitió. Si el principio de *stare decisis* es efectivamente observado -aún cuando no esté expresamente enunciado en el ordenamiento jurídico-, entonces resulta secundario inquirirse sobre la corrección de la razón jurídica esgrimida en el precedente. Esto entraña, por tanto, acentuar el carácter formal del precedente por encima de los argumentos aducidos para justificar el criterio de la decisión.³⁵

Siguiendo una convención generalmente aceptada, el precedente puede clasificarse en *vertical*, *horizontal* y en el *autoprecedente*.³⁶ Es vertical cuando tiene su fuente en un tribunal de jerarquía superior, de modo que los órganos jurisdiccionales inferiores quedan constreñidos a conocerlo y observarlo. Comprender su exacto alcance requiere una evaluación de la estructura del Poder Judicial en un determinado Estado, comprendiendo incluso aquéllos tribunales que no formen parte del Poder Judicial. En general, se acepta que la jurisprudencia emanada de los tribunales constitucionales resulta obligatoria para todos los demás, aún cuando no se exprese así en la ley. En el caso mexicano, no solamente es obligatoria la

³⁴ Seguimos aquí el capítulo intitulado “The Practice and Problems of Precedent” contenido en la obra de Frederick Shauer antes citada, pp. 36-60.

³⁵ Debemos señalar, a reserva de justificarlo con mayor detalle en el capítulo cuarto, que para nosotros resulta insuficiente explicar la obligatoriedad del precedente apelando meramente a criterios formales (tales como la jerarquía del tribunal que lo emitió) o fácticos (la repetición o continuidad del precedente). Afirmamos que el núcleo de la obligatoriedad del precedente es *sustancial*, esto es, se encuentra centrado en las razones que se aducen en él para justificar una tesis. Por tanto, no basta con que se decida un caso y que tal decisión adquiera valor de precedente, sino que dicha decisión debe ser correcta. Los criterios de corrección de la decisión son, por tanto, formales (consistencia con lo señalado en otras fuentes) y materiales o sustanciales (acorde a los principios y valores que informan el ordenamiento jurídico).

³⁶ Nos inspiramos, a este respecto, en la tipología presentada por Marina Gascón Abellán en *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993. Véase, notablemente, el capítulo segundo intitulado “La regla de la universalización y los distintos modelos de precedente”.

jurisprudencia de la SCJN, sino también la difundida por los Tribunales Colegiados de Circuito. Otros tribunales generan jurisprudencia, aún cuando no formen parte del Poder Judicial. Nos referimos, verbigracia, a los tribunales de lo contencioso-administrativo.

Por otra parte, el precedente *horizontal* es el generado por un tribunal que pertenece al mismo circuito, región o nivel que aquél que lo reconoce y aplica en su sentencia. Si bien no existe vínculo de jerarquía entre el tribunal que emitió el precedente y aquél que lo aplica, lo cierto es que se le reconoce fuerza vinculante. Esto ocurre, por ejemplo, entre Tribunales Colegiados de distinto circuito cuando se encuentra una relación de semejanza relevante en lo que toca al tema tratado en la tesis y el considerado en la sentencia. Finalmente, el *autoprecedente* hace referencia al seguimiento de los precedentes emitidos por un mismo tribunal, en un afán de coherencia. Como lo ha hecho notar Moral Soriano, en el precedente vertical se obedece, ante todo, a la posición que ocupa el tribunal que lo emite, de modo que responde a un argumento de autoridad. En el caso del precedente horizontal y el autoprecedente, al no privilegiarse la posición jerárquica del tribunal emisor, ha de seguirse el principio de universalidad como fundamento clave del uso del precedente.³⁷

³⁷ En el fondo, *todos* los tipos de precedentes responden al principio de universalidad. Como destaca Gascón Abellán: "... tanto el que llamaremos precedente vertical o de respeto a la jurisprudencia de tribunales superiores, como el precedente horizontal o de respeto a la doctrina de los tribunales homólogos, como... el que pudiéramos llamar 'autoprecedente' comparten parcialmente un mismo fundamento o razón de ser en el principio de universalización, aunque creo que operan de forma muy diferente en el marco del razonamiento jurídico. Digo que su justificación sólo coincide parcialmente porque en el precedente vertical existen también ingredientes de organización jerárquica, lo que incluso puede hallar plasmación jurídica en aquellos sistemas que imponen la observancia de la doctrina legal de los tribunales superiores... en este caso el fundamento del precedente no se halla sólo en una regla de universalización, sino especialmente en alguna idea sobre la estructura piramidal de un poder del Estado o sobre el sistema de recursos jurisdiccionales; aquí el sistema que explica el sometimiento al precedente no difiere del que justifica el sometimiento a la ley.

También en el precedente horizontal el principio de universalización parece combinarse con otro género de razones o fundamentos. Observar el precedente horizontal supone una búsqueda de homogeneidad en la jurisprudencia que en buena parte responde a una peculiar ideología judicial vinculada al espíritu institucional u organizativo que caracteriza a la profesión judicial y que hace que se considere una virtud de cada miembro su actuación integrada o uniforme con el conjunto...

... es particularmente en el autoprecedente donde ésta proporciona un fundamento más claro y comprensivo o, si se prefiere, dicha regla que... se muestra esencial en todo razonamiento práctico, encuentra su traducción jurídica en el respeto al propio precedente... la adopción de soluciones uniformes por parte de un mismo aplicador del Derecho no puede atribuirse a ninguna consideración de orden jerárquico, ni tampoco a una ideología 'gremial' de aceptación de los criterios mayoritarios, sino que constituye exclusivamente una regla de

En líneas anteriores señalamos que el núcleo regulativo del precedente es lo que los anglosajones denominan su *ratio decidendi*. Adoptamos aquí la siguiente definición de dicho concepto: "... [la *ratio decidendi* es] cualquier regla jurídica expresa o implícitamente considerada por un juez como una premisa necesaria para justificar su conclusión." (MacCORMICK & SUMMERS, 1997: 338) La *ratio decidendi* suele destacarse de otras consideraciones paralelas contenidas en el precedente, como por ejemplo las que sintetizan los alegatos de las partes o bien las que poseen carácter persuasivo. A esta clase de consideraciones diversas que no integran la regla jurídica de la decisión se les designa como *obiter dicta*.

En el caso de la jurisprudencia mexicana, la regla de la decisión se encuentra expresamente definida, generalmente en la parte del texto denominada "rubro", en tanto que el "cuerpo" de la tesis desarrolla el razonamiento que la justifica. En cambio, en el contexto anglosajón, los precedentes no suelen precisar expresamente la regla jurídica, por lo que los abogados y tribunales deben identificarla antes de considerar su aplicabilidad. Ahora bien, tanto en el caso mexicano como en otros países, no basta con identificar la regla que informa el precedente. Ha de establecerse, también, la semejanza de relaciones relevantes entre el precedente y el caso concreto. Para determinar qué criterios han de fijar la semejanza de relaciones ha de estarse a lo señalado en la regla previamente identificada. Siempre será posible, empero, identificar diferencias entre dos casos.

Precisamente porque dos casos no son exactamente iguales, el precedente puede ser desaplicado en ciertas circunstancias. Puede argumentarse que los hechos de un caso no guardan relación de semejanza relevante con lo planteado en el precedente. A este procedimiento se le denomina, en el mundo anglosajón, *distinguishing*. Pero también puede argumentarse que la decisión adoptada en el pasado fue errónea, de modo que resulta imperativo superar el precedente incorrecto. Es entonces cuando el precedente simplemente se abandona, circunstancia a la que se designa como *overruling*. En principio, quien argumenta a favor del abandono del precedente tiene la carga de justificar porqué ha de procederse en tal sentido. Asimismo, conviene que la superación del precedente se realice por el mismo tribunal que lo instituyó. De otro modo, se quebrantaría la jerarquía que existe entre los tribunales. En la práctica, el abandono expreso de un precedente suele ser un hecho excepcional. Si la corrección de cada precedente fuese cuestionada regularmente, su utilidad sería mínima. Evidentemente, esto no sucede así. El precedente suele gozar de una cierta estabilidad a lo largo del tiempo.

El abandono del precedente no debe confundirse con su desaplicación en un caso dado. Es por ello que se diferencia entre la figura del *distinguishing* y el *overruling*. Asimismo, cabe la

racionalidad, cuyo único fundamento reside en esa exigencia de la justicia formal que es el requisito de la universalización." GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Op. Cit.*, pp. 35-38.

posibilidad de que un tribunal inferior desconozca un precedente de un tribunal inferior, fenómeno distinto a su abandono o modificación. En este caso, la sentencia que desconoce abiertamente el precedente es susceptible de revocación, incluso a través de medios de impugnación *ad hoc*, como la casación “en interés de la ley” existente en España. Por otro lado, cabe la posibilidad de que la superación de un precedente se funde no en su incorrección (ética o legal) sino, más bien, en el cambio de las circunstancias sociales, económicas y tecnológicas. Aquí cabría pensar en una pérdida de eficacia y no en un acto consciente y voluntario de abandono del precedente.

Desde el punto de vista argumentativo, el fundamento de precedente es el argumento *ab exemplo*. En este tipo de argumento un enunciado normativo recibe el significado que le ha sido atribuido por alguien en el pasado. Como apunta Moral:

Este es el fundamento básico... de los precedentes judiciales. Recoge perfectamente su uso interpretativo: puesto que las normas jurídicas no contienen su propia aplicación éstas deben completarse con la interpretación anterior. Los jueces acuden a decisiones precedentes para aclarar el significado de las normas, saber cómo interpretarlas y qué significado atribuirles. En este sentido las diferencias entre los sistemas de Derecho civil y de Derecho común no deben exagerarse porque en ambos sistemas la relevancia práctica de los precedentes es la misma: saber cómo ha sido judicialmente interpretado el Derecho.

...Así, cuando un juez hace referencia a un precedente está haciendo referencia a la *ratio decidendi*: la regla que determina el significado del Derecho.

Siguiendo el enfoque justificativo adoptado, *ratio decidendi* y criterio interpretativo son conceptos intercambiables. En esta noción elemental de *ratio decidendi* destacan dos ideas. En primer lugar, la relevancia de los precedentes en la actividad judicial radica en su aspecto interpretativo: los jueces hacen referencia a decisiones anteriores porque éstas proporcionan ejemplos de cómo interpretar el Derecho. En segundo lugar, la fuerza vinculante de las decisiones anteriores es irrelevante según la anterior noción de *ratio decidendi*, ya que los precedentes judiciales serán usados en el razonamiento judicial incluso si el sistema jurídico no les ha reconocido ningún valor jurídico. Es decir, la relevancia de los precedentes en el razonamiento jurídico no depende de su reconocimiento como fuentes del Derecho. (MORAL, 2002: 130)

En los países anglosajones se reconoce que no hay unanimidad teórica, metodológica ni práctica acerca de cuál sea la mejor forma de identificación de la *ratio decidendi*. Precisamente porque el precedente no suele señalar expresamente cuál es la regla, ello pone el acento en la interpretación que realicen tanto las partes como el tribunal que conoce de la causa en la que se invoca. En todo caso, para que una decisión pasada sea estimada como un precedente *debe fundarse en una razón que pueda gozar de aplicación general*. Aquí encontramos un nexo fuerte con el principio de universalidad en la argumentación jurídica. Así,

... Las decisiones pueden ser consideradas precedentes en la medida en que reposen en una justificación; esta justificación, conforme a un modelo racional y discursivo, no puede confinarse a un caso aislado. Debe poder ser aplicable a casos semejantes... No se trata de un mero proceso voluntarista de toma de decisiones...; no lo es, tampoco, un proceso de adopción de decisiones arbitrarias. Así el derecho deviene algo que no es “puesto desde arriba” ni tampoco algo que “crece”... emerge, más bien, de un conjunto de elecciones articulado a través de múltiples deliberaciones y discursos que, con cada acto de aplicación, tiene que ser reconsiderado... (*Ibidem*: 543)

Como lo reconoce Schauer, dar razones es algo más general que tomar una decisión en un caso concreto. Es por ello que la *ratio decidendi* no debe confundirse con el fallo o resolución. El fallo expresa lo que el derecho prescribe para un caso concreto, pero la razón jurídica que opera como premisa normativa puede invocarse en un sinnúmero de casos. Así,

... cuando un juez hace referencia a una decisión anterior –observa Moral Soriano–, lo hace a la regla universal contenida en la decisión... puesto que las decisiones judiciales contribuyen a establecer el significado de las normas jurídicas, cuando un juez hace referencia a una decisión anterior, lo hace a la regla interpretativa establecida con anterioridad... esta regla debe ser enunciada en términos universales: usar una decisión anterior para decidir un caso presente es sólo posible si la regla interpretativa ha sido enunciada en términos universales. Gracias a la regla de universalidad aplicada a los precedentes se logran dos objetivos. En primer lugar, normas (interpretativas) universales proporcionan la primera barrera contra la arbitrariedad: los jueces deciden casos similares de manera similar a como se decidió en el pasado, y de manera similar a como se querrán decidir en el futuro. En segundo lugar, sólo las normas universales pueden ser utilizadas en casos futuros. (MORAL, 2002: 138)

En el capítulo cuarto de esta investigación reconsideramos la importancia que posee el que todo precedente se construya sobre razones jurídicas generalizables. Sólo así puede concebirse la existencia de un criterio o regla que informa al precedente susceptible de ser aplicado a un sinnúmero de casos futuros.

B) LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO

1. Sobre la noción de “fuente del derecho”

Por la expresión “fuente del Derecho” entendemos “... aquellos hechos o actos jurídicos de los que deriva la creación, modificación o extinción de normas de un determinado ordenamiento jurídico. Son los elementos del conocimiento que permiten comprender los hechos a través de los cuales se crean las normas jurídicas.” (SCJN, 2005b: 150) ³⁸ Refiere Rolando Tamayo y Salmorán que “En la literatura jurídica con la expresión ‘fuente del derecho’ se alude al origen de las normas jurídicas... y a su fundamento de validez. La expresión es ambigua y tradicionalmente equívoca; dos son, sin embargo, sus usos más generales. En sentido lato se aplica a los hechos, doctrina e ideologías que en diversas modalidades influyen sobre las instancias creadoras del derecho... En un sentido técnico la expresión designa los eventos (hechos o actos) cuya realización es condición para que surja una norma en un determinado orden jurídico...” (TAMAYO, 1998: 131) Así considerado, la existencia de normas jurídicas generales es siempre el resultado de ciertos hechos sociales que las producen. ³⁹ Hablar de “fuentes del derecho” es describir los modos en que el derecho regula su propia creación.

En el lenguaje común no se suele distinguir entre las normas que regulan los procesos de creación de otras normas y el resultado de dicha creación. Así, el sintagma “fuente del Derecho” suele usarse indistintamente para designar ambos fenómenos. Esta circunstancia ha sido reconocida en la doctrina especializada como una ambigüedad del tipo “proceso-producto”. En este trabajo tenemos claro que la jurisprudencia es el resultado institucional de un proceso de creación de normas jurídicas que, por ser tales, obligan a una generalidad de sujetos a adoptar cierto comportamiento. Empero, y en un afán de simplificación terminológica, *aquí emplearemos el significado ordinario atribuido a la jurisprudencia*, esto es, el que lo asimila, lisa y llanamente, a una “fuente” jurídica. ⁴⁰ Ello no impide que nos detengamos a examinar, entre otros aspectos posibles, qué tipo de “fuente” es la

³⁸ Análogamente, por “fuentes del Derecho” concibe Aguiló Regla aquellos “... hechos y actos jurídicos, resultados institucionales, que son normas jurídicas. O dicho con otras palabras, son las normas jurídicas vistas como resultados institucionales, vistas como hechos o actos jurídicos.” (AGUILÓ, 2000: 63)

³⁹ Con frecuencia leemos, en algunos manuales de teoría jurídica, el enunciado siguiente: “No hay norma jurídica sin autoridad que la instituya”. Sin embargo, esta aseveración –que posee en dichas obras de corte positivista un carácter axiomático- deja de observar que hay especies de normas que no dimanan de una autoridad política como las que son fruto de ciertos hechos sociales, conocidas como “costumbres”. Por supuesto que el debate podría dirigirse, en otro contexto, a la noción misma de “autoridad”.

⁴⁰ Es claro que, al afirmar que la jurisprudencia posee un estatus de fuente jurídica formal, lo hacemos desde la perspectiva de México.

jurisprudencia, cómo surge ésta, de qué modo se incorpora al Derecho objetivo y, por supuesto, en qué radica la obligatoriedad de su aplicación.

Uno de los modos de apreciar el concepto que se tiene de “fuente del Derecho” es examinar las tipologías más empleadas por la doctrina. Entre ellas, destaca por su difusión la que distingue entre fuentes formales y fuentes materiales. Las primeras son asimiladas a los hechos o actos jurídicos expresamente previstos en el Derecho objetivo susceptibles de crear normas jurídicas. Son los modos de producción normativa previstos por el propio sistema jurídico. Así, suele hablarse de “proceso legislativo” o “proceso jurisprudencial”. Las segundas, por su parte, designan los elementos extrajurídicos que influyen en la formación de las fuentes formales. Considerando esta tipología, la jurisprudencia se sitúa en el ámbito de las fuentes formales, por serle reconocido tal estatus en la Constitución federal. Este hecho significa, entre otras cosas, que debe ser conocida y aplicada obligatoriamente a los casos en que resulte procedente. Su incorporación al Derecho objetivo está garantizada por la difusión de las tesis jurisprudenciales vía el Semanario Judicial de la Federación. Sin embargo, su obligatoriedad se circunscribe a los órganos jurisdiccionales, si bien no faltan voces que reclaman la ampliación de su generalidad.⁴¹

En los casos que fallan los jueces diariamente en México, éstos deben sustentarse en la ley y, en muchas ocasiones, también en la jurisprudencia, *aún cuando no la invoquen las partes*. Este deber revela uno de los principios procesales más difundidos desde la codificación en el siglo XIX: el principio de *iura novit curia*. Por virtud de dicho principio se presume que todo juez debe conocer el Derecho objetivo y, en particular, la disposición aplicable al caso. Este principio se sostiene, a su vez, en la prohibición del *non liquet*, es decir en sancionar la actitud de un juez que se niega a conocer un asunto por falta de disposición exactamente aplicable.

Un análisis fino del principio *iura novit curia* revela que, de hecho, su contenido impone dos deberes a todo juzgador: 1) investigar, de oficio, cuál es el derecho aplicable en el caso concreto; 2) aportar, de oficio, el derecho aplicable en el caso específico. Desde la perspectiva de la jurisprudencia como fuente formal, el juez está jurídicamente constreñido a indagar si, respecto a una cuestión legal planteada, existe o no un criterio de interpretación firme que deba ser aplicado para resolver la litis. Cuando éste existe, debe aplicarse indefectiblemente, aún cuando las partes en el proceso no hayan invocado la jurisprudencia vigente.

Sostener que el juez “conoce el Derecho objetivo” no supone, como comúnmente se cree, que todo juez tiene presente, efectivamente, *todo* el Derecho objetivo. Es claro que, en el mundo actual caracterizado por el fenómeno creciente de la “motorización legislativa”, tal

⁴¹ Así acontece, verbigracia, en el proyecto de la nueva Ley de Amparo, presentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En él, se incluye a las autoridades administrativas como sujetos obligados a conocer y aplicar la jurisprudencia.

circunstancia resulta de imposible materialización. Por tanto, el alcance del principio debe interpretarse en el sentido de que, en cada caso, el juzgador ha de allegarse los elementos normativos suficientes para resolverlo, lo que supone apelar a las fuentes idóneas.⁴² Como nota Ezquiaga Ganuzas, las partes pueden ser eximidas de señalar el derecho aplicable al caso, no así el juez, quien tiene el ineludible deber de justificar sus decisiones en aquél. En esta investigación del derecho aplicable, "... el Juez puede encontrarse no sólo con un problema de desconocimiento del Derecho aplicable que tenga que solucionar por sus propios medios, sino que la investigación de la norma jurídica que resuelva el litigio puede venir exigida por la imprevisión del legislador acerca de la hipótesis planteada (lagunas jurídicas), por toparse con normas que otorgan al supuesto soluciones jurídicas contradictorias (antinomias), por surgirle dudas acerca de la inconstitucionalidad, derogación o entrada en vigor de una disposición o de una norma, etc." (EZQUIAGA, 2000: 30)

Otra forma útil de examinar el problema de las fuentes del Derecho es a la luz del modelo propuesto por Aguiló Regla, el cual distingue entre *fuentes-acto* y *fuentes-hecho*. Las fuentes-acto, asociadas a la legislación como proceso y a la ley como producto, "... presuponen una regla que confiere poderes a ciertos sujetos para que mediante la realización de ciertas acciones produzcan determinados resultados institucionales... llamamos regla de competencia a la regla que confiere poderes; autoridades, a los sujetos titulares de esos poderes; y disposiciones jurídicas, documentos normativos dotados de autoridad o fuentes del Derecho, a los resultados institucionales." (AGUILÓ, 2000: 72) Sintéticamente, toda fuente-acto es una disposición resultante del ejercicio de una competencia. Dicha disposición se materializa en un documento normativo dotado de generalidad y abstracción.

Conforme a la descripción de las fuentes-acto antes señalada, ¿podemos sostener que, en México, la jurisprudencia reúne tales características? Ya hemos verificado su carácter de fuente formal. Ahora bien, ¿podría incluirse bajo la categoría de fuente-acto atendiendo a las características descritas por Aguiló? Para determinarlo, responderemos a una serie de cuestiones.

¿Dota el sistema jurídico mexicano de competencia al PJF para crear Derecho objetivo? Hemos visto que la Constitución federal, la Ley de Amparo y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación reconocen la existencia de la jurisprudencia y su obligatoriedad. Asimismo, dotan al PJF, concretamente la SCJN y los TCC para fijar jurisprudencia obligatoria. La jurisprudencia sería impensable sin el acto jurídico de la sentencia, pero la trasciende al decantar de ella el criterio de interpretación que puede resolver casos futuros, trasladándose de lo concreto (solución de una litis) a lo abstracto (solución posible de un

⁴² Así, el artículo 66 de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal dota a los Magistrados de facultades para recabar las pruebas que sean necesarias para el correcto y suficiente establecimiento de los hechos lo que incluye, evidentemente, aquéllas que no hayan sido ofrecidas por las partes.

conjunto de casos). Tal característica sugiere a algunos autores concebir a la norma jurídica producida a través de los procedimientos jurisprudenciales como un "... criterio contenido en las decisiones jurisdiccionales que adquiere la calidad de norma jurídica general." (DE SILVA, 1996: 7)

En México, la jurisprudencia del PJF ha confirmado reiteradamente que la jurisprudencia es una fuente jurídica formal. Efectivamente, la SCJN y los TCC así como algunos tribunales no ubicados dentro del PJF gozan de atribuciones expresas para emitir normas jurisprudenciales. Ahora bien, ¿son dichas normas lo mismo que una norma individualizada? ¿Pueden equipararse a las normas *generales* atribuidas comúnmente al legislador? En principio, conviene apuntar que no deben confundirse la sentencia con la razón jurídica que sustentó la decisión. Es esta última la que tiene valor de *precedente*. La sentencia define una litis puntual; el precedente establece un criterio jurídico para la toma de decisiones futuras.

Al examinar los criterios que el PJF ha observado en torno al carácter de la jurisprudencia, se concluye que se acepta sin reticencia su posición de fuente jurídica. Empero, en torno a la cuestión de si las normas jurisprudenciales son normas jurídicas *generales*, la SCJN ha sostenido criterios divergentes. Así, al resolver el amparo en revisión número 1711/88 en sesión del día veintidós de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, el Tribunal Pleno de la SCJN sostuvo que "... el establecimiento de una jurisprudencia es la creación de una norma general y que esta norma general es la que determina el carácter obligatorio del criterio sustentado, pues se trata de una norma positiva, ya que ha cumplido con los requisitos formales que la Ley de Amparo establece como proceso de creación de la norma jurisprudencial..."⁴³ Esta fue la línea adoptada durante las décadas de los ochenta y noventa del siglo pasado. Sin embargo, en noviembre de dos mil el Tribunal Pleno de la SCJN, al resolver la contradicción de tesis 5/97, concluyó lo contrario, a saber que "... la jurisprudencia es la interpretación que los referidos tribunales hacen de la ley, y que aquélla no constituye una norma jurídica nueva equiparable a la ley, ya que no cumple con las características de generalidad, obligatoriedad y abstracción..."⁴⁴ En el capítulo cuarto de esta investigación reconsideramos el problema de la generalidad de las normas jurisprudenciales.

⁴³ Este criterio está contenido en la tesis aislada número VI.4º.1 K, difundida bajo el rubro "JURISPRUDENCIA. ES LA CREACIÓN DE UNA NORMA GENERAL, PUEDE APLICARSE RETROACTIVAMENTE EN BENEFICIO DE ALGUNA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL." (publicada en marzo de mil novecientos noventa y seis en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta).

⁴⁴ El criterio que niega generalidad a las normas jurisprudenciales está contenido en la tesis intitulada "JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY", publicada en diciembre de dos mil en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta bajo el número P./J. 145/2000. Esta tesis superó al anteriormente invocado y constituye el criterio vigente. Nótese que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronuncia por un claro sometimiento de la jurisprudencia frente a la ley.

Como señalamos anteriormente, en el modelo de las fuentes planteado por Aguiló Regla se considera, también, a las denominadas *fuentes-hecho*. Estas, a diferencia de las fuentes-acto, se caracterizan por generar normas jurídicas generales no prescritas, esto es, no contenidas en un documento normativo. Las fuentes-hecho se vinculan tradicionalmente a la costumbre jurídica. En este tenor, ¿cabe ubicar aquí a la jurisprudencia? Comparando los modelos del precedente (propio de los países que siguen el Common Law) y de la jurisprudencia (seguido por los países que adoptaron el sistema del derecho civil), apunta Aguiló:

El modelo del precedente, en la medida en que el juez que dicta sentencia tiene poder para introducir directamente normas generales, parece aproximarse bastante, en este aspecto, al modelo de las fuentes-acto. El juez que crea un precedente dicta una norma general. Hay una conexión directa entre la realización del acto normativo de dictar sentencia y el resultado institucional ‘precedente’. Por el contrario, en el modelo de la jurisprudencia, las cosas no parecen ser así. La incorporación de las normas generales no se produce como consecuencia directa de la realización del acto jurídico de dictar sentencia, sino como consecuencia de la reiteración del uso de un determinado criterio en diferentes actos jurídicos...De esta forma, mientras que la producción del resultado institucional ‘sentencia’ se halla bajo el control del juez, la creación de una doctrina jurisprudencial, no. Los actos normativos del juez son...meramente contribuyentes a la producción del resultado institucional ‘jurisprudencia’. El requisito de la acumulación de sentencias parece, pues, aproximar el modelo de la jurisprudencia al mundo de los hechos jurídicos más que al de los actos y, en consecuencia, al modelo de las fuentes-hecho que al de las fuentes-acto...

... las normas que se incorporan al Derecho objetivo como consecuencia de la reiteración de su uso por parte de los tribunales, parecen tener un componente de espontaneidad que hace que resulte realmente forzado hablar de normas de origen deliberado. (AGUILÓ, 2000: 117-118)

Las dudas que Aguiló Regla expone en relación al modelo de la jurisprudencia como forma de producción de normas jurídicas generales de origen judicial quedan parcialmente despejadas en el contexto mexicano. Efectivamente, en nuestro país existen normas constitutivas que reconocen el carácter de fuente formal a la jurisprudencia, así como normas que otorgan poderes al PJP para instituirlos, siguiendo un procedimiento. Por tanto, al menos en el caso mexicano la jurisprudencia se acercaría al modelo de las fuentes-acto. Lo anterior, sin que el caso mexicano se ubique dentro de lo que Aguiló concibe como el “modelo del precedente”, propio de los países anglosajones.

Conviene apuntar que no debe confundirse el hecho de la reiteración de precedentes con el surgimiento de una norma jurídica general. Se trata de dos cuestiones diversas: la primera, relativa a la descripción fáctica de cómo se produce el fenómeno denominado “jurisprudencia”

(sucesión de casos en un número discrecionalmente fijado). Aquí el observador emitiría un juicio constatativo del tipo “se ha verificado en la realidad que existe el número X de precedentes no contradictorios entre sí que resuelven de la misma manera un mismo tipo de caso”. La segunda cuestión es atinente a la existencia de una norma jurídica general que subyace en los precedentes considerados idóneos. En este caso el observador emite un juicio del tipo: “del examen atento de los casos a, b, c... se infiere la existencia de una norma que regula su solución de forma idéntica, siendo dicha norma...”

Ahora bien, ¿la reiteración de precedentes explica, por sí misma, la aparición de una norma jurídica general? Creemos que la reiteración de precedentes, como un mero hecho, no detalla el modo en que de ellos emerge una norma jurídica general. En otros términos, si la creación de normas jurisprudenciales fuese una mera cuestión de hechos que se suceden en el tiempo (conjunto de decisiones reiteradas en un mismo sentido), no se explica cómo es que de dichos hechos se producen normas. La realización de ciertos acontecimientos no agota la cuestión del modo en que nacen las normas jurisprudenciales. Así, el encuadramiento de la jurisprudencia bajo la perspectiva de las fuentes-hecho no parece rendir cuenta del fenómeno de la creación de normas jurisprudenciales. Finalmente, lo que ha de interesar al jurista es explicarse cómo se concretan dichas normas, no sólo qué debe suceder en el mundo de los hechos para que se produzca tal resultado institucional.

2. La jurisprudencia en México

Por virtud de la reforma de fecha diecinueve de febrero de 1951, la fracción XIII del artículo 107 de la Constitución Federal estableció que una ley determinaría la manera en que se constituiría la jurisprudencia obligatoria en México. Fue la primera vez que la jurisprudencia adquirió un reconocimiento constitucional expreso. Si bien la jurisprudencia del Pleno de la SCJN resultaba obligatoria desde fines del siglo XIX, fue menester formalizar su estatus de fuente formal en el ámbito de la Constitución Federal. Esta reforma coincidió con la creación de los Tribunales Colegiados de Circuito.⁴⁵ Con certeza sostiene Zertuche García que “... no

⁴⁵ En octubre de 1967 se reubicó y adicionó lo señalado originalmente en la fracción XIII del artículo 107 de la Constitución Federal, pasando al párrafo quinto del artículo 94 del mismo ordenamiento, lugar en el que se ubica hasta hoy lo relativo al reconocimiento de la jurisprudencia. El artículo 94, párrafo quinto establece lo siguiente: “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 los reglamentos federales y locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación.”

Por su parte, el artículo 192 de la Ley de Amparo vigente fija el sistema ordinario o por reiteración para la formación de la jurisprudencia: “Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que o resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas

encontramos fundamento alguno, ni constitucional, ni legal, conforme al cual el orden constitucional repudie el hecho de que la jurisprudencia sea fuente jurídica, y en cambio tenemos que la Constitución...y... la Ley de Amparo... y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, se ocupan y reglamentan a la institución en análisis, con lo cual nos parece ésta se encuentra prevista expresamente tanto constitucional como legalmente...” (ZERTUCHE, 1992: 171) No siempre se opinó de este modo. La historia de la adopción legislativa de la jurisprudencia recorrió un largo trecho que comenzó a fines del siglo XIX y culminó con el reconocimiento constitucional de su carácter de fuente obligatoria en el año de 1951.

Una definición estándar de “jurisprudencia” en el contexto mexicano es la siguiente:

... una **fuentes del derecho** derivada de la interpretación constitucional y legal que, con fuerza obligatoria, crean determinados órganos jurisdiccionales al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, con el propósito de fijar el correcto sentido y alcance de las normas jurídicas y adecuar su contenido a la dinámica de la vida en sociedad, a fin de mantener la seguridad jurídica en las esferas pública y privada. (SCJN, 2005: 19-20. Énfasis añadido.)

El primer antecedente histórico registrado en México sobre la pretensión de incorporar a la jurisprudencia al sistema general de fuentes se remonta al año de 1840. Se trató, refiere Zertuche García, de un dictamen de reformas a la Constitución presentado por la Junta Departamental de Guanajuato. Por otra parte, la Ley de Amparo de 1861 ordenó, en su artículo

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.” Desde el año de 1967 los Tribunales Colegiados de Circuito pueden, también, fijar jurisprudencia obligatoria siguiendo el sistema de la reiteración. Como en el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se facultó a dichos Tribunales para interrumpir y modificar su jurisprudencia.

En los años de 1984 y 1986 se reformó la Ley de Amparo con el objetivo de reconocer que la resolución de contradicciones de tesis de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o de los Tribunales Colegiados de Circuito también constituirían jurisprudencia. Hoy en día existen tres sistemas legales productores de tesis jurisprudenciales: a) el de la reiteración de criterios; b) el de unificación de criterios (al resolver contradicciones de tesis); c) el derivado de la resolución de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad (con el voto calificado de al menos ocho Ministros del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación). Al respecto de los antecedentes históricos de la jurisprudencia, revise el lector el artículo de Jorge Ulises Carmona Tinoco, intitulado “La jurisprudencia obligatoria de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación” (Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XXVIII, número 83, mayo-agosto de 1995).

31, la obligación de publicar las sentencias en los periódicos de la época.⁴⁶ Sin embargo, ni este texto legal ni en la segunda Ley de Amparo, publicada en 1869, se dotó a la jurisprudencia de fuerza obligatoria. Así, fue hasta el año de 1882, con la publicación de la tercera Ley de Amparo, cuando se institucionalizó a la jurisprudencia como fuente del derecho mexicano. Este ordenamiento fue notablemente inspirado por el pensamiento del jurista mexicano Ignacio L. Vallarta, a tal punto que se le conoce como “Ley Vallarta”. En dicho ordenamiento se institucionalizó el sistema de las cinco sentencias reiteradas, vigente hasta hoy.⁴⁷ En efecto, en el artículo 70 de dicha Ley, se estableció textualmente lo siguiente: “La

⁴⁶ Un paso esencial en la consolidación de un sistema del precedente judicial consiste, ciertamente, en su divulgación regular a través de algún medio de comunicación accesible y conocido. A semejanza de los países anglosajones, en México las publicaciones se realizaron, inicialmente, a través de medios de difusión privados, para más tarde efectuarse a través del Semanario Judicial de la Federación. En efecto, algunas ejecutorias de la Suprema Corte eran comentadas en los periódicos, pero nunca con la sistematización debida. La Ley de Amparo de 1882 previó, en su artículo 47, el deber de publicar las sentencias de los Jueces de Distrito, las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los votos particulares de los ministros en el Semanario. Más tarde, el artículo 827 del Código Federal de Procedimientos Civiles de 1897 dispuso que dichas sentencias, ejecutorias y votos de minoría se difundirían específicamente en el referido Semanario, el cual fue creado por decreto del Presidente Benito Juárez en el año de 1870, logrando no sólo la difusión de los precedentes sino, sobre todo, dando un paso cualitativo fundamental en la búsqueda de la unificación de criterios. A partir de la publicación del Semanario, la jurisprudencia mexicana se agrupa por “épocas”, distinguiendo entre los precedentes generados antes y después de la Constitución Federal de 1917.

⁴⁷ Sobre la adopción del sistema de la jurisprudencia por reiteración, apunta Magallón Ibarra lo siguiente: “Dentro del esquema en el que se han publicado los votos emitidos por el ministro... Ignacio L. Vallarta, localizamos la carta que el 15 de agosto de 1881 dirigió al ministro de Justicia, Ezequiel Montes, a la que adjunta el Proyecto de la Ley Orgánica de los artículos 101 y 102, en el que encuentra que en lugar de proceder a reformar o adicionar la ley que estaba vigente en esa materia, estima que prefería elaborar un proyecto completo que refundiera toda la preceptiva que debía integrar la Ley de Amparo...”

En la misma carta... Vallarta asevera que el fundamento de sus opiniones se encuentra en su libro *El ensayo sobre el amparo y el habeas corpus...* de manera que posibilite terminar con las discrepancias de pareceres que produce la contradicción entre las sentencias mismas... agregando que las leyes que se han tenido sobre el juicio de amparo han creído poder hacer a discreción ciertas interpretaciones constitucionales, que después no han sido reconocidas por la Suprema Corte. Por tal razón, y por corresponder a dicho alto tribunal ser el intérprete final de la Constitución, cree conveniente determinar en cuáles juicios resulta o no procedente tal interpretación...

Resultaba natural que de acuerdo con los criterios jurídicos que habían venido prevaleciendo en aquella época, se considerara a la jurisprudencia como aquellos principios jurídicos reiterados sobre un mismo tema, que fueran emitidos en decisiones judiciales...

... De ahí que el mismo Vallarta haya ideado una fórmula que intentaba dar fijeza a las sentencias de la Suprema Corte, consistente en que expresaran las razones que se consideraran bastantes para fundar la interpretación de los textos de la Constitución, por lo menos en cinco ejecutorias uniformes, con el requisito de ser publicadas en el periódico oficial del Poder

concesión o denegación del amparo contra texto expreso de la Constitución o contra su interpretación, fijada por la Suprema Corte, por lo menos en cinco ejecutorias uniformes, se castigará con la pérdida del empleo y con prisión de seis meses a tres años, si el juez ha obrado dolosamente; y si sólo ha procedido por falta de instrucción o descuido, quedará suspenso de sus funciones por un año.” Importa destacar que el legislador enfatizó siempre el hecho de la reiteración para acreditar la existencia de un criterio jurisprudencial añadiendo, con el tiempo, el requisito de una votación idónea recogida en cada sentencia. (ZERTUCHE, 1992: 60 y ss.)

La obligatoriedad de la jurisprudencia fue suprimida con la publicación del Código Federal de Procedimientos Civiles de 1898 y, posteriormente, se readoptó en el diverso Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908. En este último se dispuso una sección completa consagrada a la jurisprudencia de la Suprema Corte. En su artículo 786, se precisó que las ejecutorias de dicho órgano jurisdiccional votadas por mayoría de nueve o más de sus miembros constituirían jurisprudencia siempre que existiesen cinco resoluciones no interrumpidas por otra en contrario. El artículo 787 dispuso, por su parte, que dicha jurisprudencia obligaba a los Jueces de Distrito y que la Suprema Corte podía modificar sus criterios, expresando siempre las razones del cambio.

La jurisprudencia por reiteración fue el sistema dominante durante varias décadas, al que se sumó posteriormente el correspondiente a la unificación de tesis originalmente contradictorias. Este sistema se impuso progresivamente como fruto de la creación, en 1950 (si bien iniciaron sus labores en mayo de 1951), de los Tribunales Colegiados de Circuito.⁴⁸ Dichos Tribunales fueron dotados, en el año de 1967, de la facultad de crear jurisprudencia obligatoria, lo que propició las contradicciones de criterios entre ellos. Finalmente, a partir de la reforma judicial de 1994, se integró un tercer sistema de formación de la jurisprudencia, a saber el derivado de la resolución de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. En este tenor, en México coexisten diversos sistemas legales de integración de la jurisprudencia: a) por reiteración; b) por unificación de criterios (al resolver contradicciones de tesis) y c) al resolver las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, exigiéndose una votación calificada de por lo menos ocho votos de los Ministros que componen el Tribunal Pleno de la SCJN.

Judicial Federal...” Véase: MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Los sonidos y el silencio de la jurisprudencia mexicana*, UNAM, México, 2004, pp. 255-257 (*passim*).

⁴⁸ Suele estimarse que el antecedente remoto de la creación de estos Tribunales lo fue el artículo 140 de la Constitución Federal de 1824, el cual previó la existencia de los denominados Tribunales de Circuito Unitarios. Mucho tiempo después, concretamente en 1945, la Suprema Corte de Justicia de la Nación formula un proyecto de reformas a la Ley de Amparo con el objetivo de introducir a los Tribunales Colegiados de Circuito, los cuales contribuirían al desahogo de los asuntos pendientes de sentencia cuyo número, a principios de la década de los años cincuenta, rebasaba los treinta y siete mil.

Sin duda alguna, la jurisprudencia se ha consolidado como una fuente formal del derecho positivo mexicano. En múltiples criterios, las ejecutorias del PJJ han reiterado tal carácter, tal y como puede apreciarse, a manera de ilustración, en la siguiente tesis federal:⁴⁹

Sexta Epoca

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación, tercera parte, CXXIX

Página: 28

Tesis aislada

JURISPRUDENCIA, CONCEPTO Y OBLIGATORIEDAD DE LA. No se puede equiparar la jurisprudencia con el ‘uso’, ‘costumbre’ o ‘práctica en contrario’ de que habla el artículo 10 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, en virtud de que la jurisprudencia de la Suprema Corte no se origina ni se funda en ellos, sino que emerge de la fuente viva que implica del análisis reiterado de las disposiciones legales vigentes; en función de su aplicación a los casos concretos sometidos a la consideración de este Alto Tribunal, conforme a su competencia; y precisamente porque la jurisprudencia es fuente de derecho, de ahí dimana su obligatoriedad en los términos del artículo 193 bis de la Ley de Amparo.

Amparo en revisión 4086/61. Compañía de Fianzas México, S.A. 15 de marzo de 1968. Cinco votos. Ponente: Jorge Iñárritu.

Desde un punto de vista formal, coincidimos con la opinión de Zertuche García: la jurisprudencia o, mejor dicho, *los procesos normativos que regulan su formación y existencia*, son fuente creadora de normas jurídicas. La jurisprudencia es el resultado institucional de dicho proceso de creación. Desde su consagración constitucional, resulta innegable que ocupa una posición sustantiva en el marco del sistema de fuentes en México.

⁴⁹ Es posible que la consolidación de la jurisprudencia como fuente obligatoria en México haya contribuido a preferir el uso del término **tesis aislada** en lugar del de “precedente”, asociado ordinariamente al modelo teórico-práctico de los países de Common Law. Dicha denominación sigue la noción impuesta por el Semanario Judicial de la Federación y la Secretaría de Compilación de la SCJN. Es claro que la sola mención de dicho concepto revela que el criterio interpretativo allí desarrollado carece de fuerza obligatoria en sentido normativo. En este tenor, así como no es correcto identificar “tesis aislada” con “jurisprudencia”, tampoco creemos adecuado hacerlo entre “precedente” y “jurisprudencia”. Ello, porque la sola existencia de un precedente no es condición suficiente para considerarlo obligatorio en sentido categórico, menos aún en nuestro sistema jurídico. **Por tanto, en este trabajo no identificamos dichos conceptos.**

Puesto que uno de los objetivos centrales de esta investigación consiste en determinar en qué sentido la jurisprudencia es normativa -y ello no solamente en función de que el orden jurídico así lo establezca expresamente-, conviene examinar dos casos del derecho comparado con el objetivo de esclarecer si existen otras razones que justifiquen la fuerza obligatoria de la jurisprudencia. En suma, se persigue entender en qué reposa dicha obligatoriedad explicada con independencia del hecho de que se reconozca o no en un texto legal. Para ello, se presentarán los casos de España y Estados Unidos de Norteamérica, el primero un país ubicado en la tradición jurídica del derecho común, y el segundo dentro de la tradición del *common law*. Ambos han influido, ciertamente, en la integración de nuestras propias instituciones jurídicas y permitirán conocer cómo es posible que la jurisprudencia sea reconocida una fuente jurídica obligatoria aún cuando tal carácter no le sea atribuido, expresamente, en la ley.

3. Estudio de casos

3.1 España

En España, el artículo 1.6 del Código Civil de 1889 señala que la jurisprudencia “... *complementará el ordenamiento jurídico* con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho” (itálicas nuestras). Atrae nuestra atención el adjetivo “complementará”, el cual se sustenta en el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico. Obsérvese que a la “doctrina” del Tribunal Supremo no se le concibe dentro del listado de fuentes formales u obligatorias, tales como la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, expresamente reconocidos en el artículo 1.1. del Código Civil invocado.

Como puede observarse, España parece sostener un modelo clásico de la función jurisdiccional, al menos tratándose de la concepción de las fuentes del Derecho. En palabras de Calvo Vidal, los rasgos de esta concepción, defendida por la doctrina iusprivatista e influida notoriamente por la codificación francesa, son:

Según esta doctrina tradicional el juez no puede erigirse en ordenador de la vida social, ni dictar reglas de alcance general, ni promulgar leyes, porque es un órgano de ejecución de la voluntad legislativa, un poder subordinado, no creador de Derecho y, en su virtud, la jurisprudencia no puede invadir la esfera de otra actividad del Estado. La ley, definida por su imperatividad y generalidad, no es función del juez. Ni aun sus decisiones y precedentes pueden constituir norma, sino sólo criterio interpretativo.

...

Fuente jurídica puede llamarse sólo al poder de dictar una reglamentación vinculante para todos...

...

El derecho debe tener como garantía que las normas que regulan el tráfico jurídico de una sociedad provengan del poder legislativo, no permitiéndose su alteración o integración en el proceso mediante el que proyectándose al caso concreto se individualizan. Si el poder judicial participara en la creación de la norma, fuente generadora de ésta serían también los sujetos integrados en aquél, lo que restaría legitimidad a la sentencia, en cuanto provendría de la voluntad del sujeto que realiza el juicio, y no del órgano en quien la nación en uso de su soberanía, ha atribuido la potestad de elaborar las leyes. (CALVO, 1992, 147-148)

La jurisprudencia, en el modelo español, se produce necesariamente a través de la reiteración de criterios de interpretación de normas, integrando una unidad de significado denominada “doctrina jurisprudencial”. Tal pareciera que el Código Civil español niega la posibilidad de que un precedente pueda integrar jurisprudencia, como sí ocurre en los países de Common Law. Empero, recordemos que en España las sentencias del TCE también resultan vinculantes, aún cuando se trate de precedentes aislados. El acento puesto en la reiteración de criterios nos recuerda la distinción conceptual sugerida por Jorge Ulises Carmona Tinoco entre la denominada “jurisprudencia judicial” y “jurisprudencia obligatoria”. La primera es el conjunto de los criterios de interpretación reiterados en las sentencias de los tribunales de mayor jerarquía pero que no poseen carácter vinculante. La segunda, especie del género “jurisprudencia judicial”, posee la diferencia específica de ser obligatoria tanto para el tribunal que la emitió como para otros de inferior jerarquía. (CARMONA, 1996: 211)

Si bien en España la jurisprudencia no es formalmente obligatoria, la Ley 1/2000 del Enjuiciamiento Civil reconoce la procedencia del recurso de casación cuando el tribunal inferior se aleje palpablemente de la doctrina establecida por el TSE. Esto acentúa la importancia que posee la razón de autoridad de la jurisprudencia en el modelo español. La obligatoriedad de la “doctrina jurisprudencial” deviene de la jerarquía que ocupe el tribunal que la integra, buscándose la unidad de criterios en aras de la seguridad jurídica.

La doctrina contemporánea sostiene la discrecionalidad judicial observable en ciertos casos, particularmente cuando no resulta obvio ubicar la norma general aplicable al caso concreto: “...la frecuencia cada vez mayor con que el legislador deja los supuestos de hecho de la norma poco dibujados, el frecuente uso de los aspectos jurídicos indeterminados e incluso el poner en manos del juez, el que se produzca o no la consecuencia jurídica establecida en la ley, desmienten que el juzgar sea una operación mecánica... Hay... dosis de poder creador o, si se quiere, de configuración, en una palabra, de voluntad. Otra cosa es que su actividad origine

normas jurídicas, y como tales obligatorias.” (CALVO, 1992: 156) Ciertamente, un problema es examinar si, en ciertas circunstancias, el juez crea la norma general aplicable y, otro diverso, el considerar si la razón jurídica que fundó el fallo puede generalizarse. En el caso mexicano, es indudable que la jurisprudencia sí posee el atributo de la generalidad, si bien el deber de observarla se circunscribe a los miembros del Poder Judicial, así como a aquéllos órganos autónomos que ejercen jurisdicción, como las Juntas de Conciliación y Arbitraje o los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo. Desde este punto de vista, el modelo mexicano, al introducir a la jurisprudencia en el catálogo general de fuentes, elimina la ambigüedad que suele existir en sistemas como el español en donde no posee tal atributo y, sin embargo, se le reconoce cierta obligatoriedad.

3.2 Estados Unidos

En contraste, Estados Unidos constituye un ejemplo significativo del modelo del *precedente*, fundado en la tradición jurídica del Common Law. Desde su nacimiento como nación independiente en el siglo XVIII, Estados Unidos aplica su propia versión del Common Law en cada uno de los estados miembros de la unión, resaltando la excepcionalidad de Louisiana en donde tiene vigencia un sistema codificado influido por Francia. Timothy L. Hall resume como sigue las cualidades del Common Law:

El sistema del Common law se funda en una jurisprudencia del caso apoyada en el precedente y en la noción de *stare decisis* (la doctrina consistente en acatar la doctrina legal sentada en los precedentes). Los jueces del Common law examinan un asunto atendiendo al modo en que las cortes trataron el mismo asunto en el pasado, tratando de ajustar los problemas actuales a los patrones preestablecidos... (algunos) críticos del Common law consideran que el precedente cede ante el influjo de las reformas actuales que intentan construir una sociedad más igualitaria sujeta a la regla de la mayoría. (HALL, 2004: 158)

Como en los países de tradición romano-germánica, en los países anglosajones la sentencia posee dos partes distinguibles: “...primero, la decisión respecto a quién ha ganado y cuál es la indemnización obtenida, segundo, la explicación razonada del juez que justifica su determinación. La parte razonada de la decisión es la que da sustento al sistema del *case-law*, aún cuando dichas razones tengan que ser extraídas o inferidas cuidadosamente del texto.” (HALL, 2004: 121) En este contexto, el precedente es la decisión adoptada en el pasado que, a la luz del principio de *stare decisis*, debe aplicarse a los casos futuros que presenten identidad de razón jurídica.

En Estados Unidos es común oponer el “statutory law” (derecho legislado) al “judge-made law” (derecho judicial). Cuando un tribunal emite su *majority opinion* ⁵⁰ en un caso, su decisión se torna un precedente obligatorio para dicho tribunal y para los jueces situados en la misma jurisdicción en la que se emitió. Ahora bien, atendiendo al principio de jerarquía entre órganos judiciales, los precedentes emanados de jurisdicciones superiores, como la SCJEU, suelen ser estimadas obligatorias para todos los demás, aún cuando no exista una norma expresa que así lo ordene.

Los precedentes no son, empero, inalterables. Pueden ser modificados (overruled) por el mismo tribunal que los emitió, justificando las razones del cambio, o bien puede introducirse una distinción sutil para evitar su aplicación total o parcial en un caso nuevo (distinguishing). La técnica de la distinción puede operar respecto a hechos y normas. En el derecho estadounidense, es conocido el voto de la mayoría en el caso *Planned Parenthood v. Casey* (112 S. Ct. 2791, 2808: 1992). En él la SCJEU estableció que el principio de *stare decisis*, por el cual los tribunales deben atenerse al respeto de los precedentes, no constituye un “mandato inexorable” sino que está sujeto al ideal regulativo del respeto a la legalidad y a un cálculo de los costos que implicaría preservar una decisión errónea.

Al examinar el principio de *stare decisis* a la luz del modelo del precedente en los Estados Unidos, Evan H. Caminker anota las observaciones siguientes, de enorme utilidad para nuestro estudio:

- a) El artículo III de la Constitución norteamericana establece que el Poder Judicial de los Estados Unidos reside en una Suprema Corte y en el número de Cortes *inferiores* que el Congreso establezca. El adjetivo “inferiores” no implica que los tribunales situados por debajo de la jerarquía judicial estén constreñidos, expresa y formalmente, a obedecer los precedentes de la SCJEU. Significa, tan sólo, que dicha Suprema Corte constituye la última instancia de revisión de las decisiones

⁵⁰ La tipología de votos (opinions) comúnmente empleada por los tribunales americanos distingue entre voto de mayoría (majority opinion), voto concurrente (concurring opinion), voto disidente (dissenting opinion) y voto por unanimidad (per curium). El voto de mayoría se confía a uno de los miembros del tribunal, debiendo tomar posición los demás juzgadores respecto a éste. Respecto al voto disidente, sostiene Hall que “Comúnmente...no son tan significativos legalmente como el voto de la mayoría, ya que no integran un precedente obligatorio. Empero, los votos disidentes pueden ser, en ocasiones, más relevantes que los votos de mayoría. Algunos pueden ser extraordinariamente elocuentes, tal como lo fue el Justice Oliver Wendell Holmes, Jr., disidente en *Gitlow v. New York* (1925), o bien pueden introducir un nuevo método de interpretación, tal y como hizo el Justice Thurgood Marshall a través de la técnica del “sliding scale” en *San Antonio Independent School v. Rodríguez* (1973)...” (HALL, 2004: 645) Podrían citarse otros ejemplos notables, particularmente en materia de la interpretación de leyes de segregación racial, aborto y libre expresión.

emanadas de órganos inferiores en la jerarquía judicial (al ejercer la “review authority”).

- b) Existen casos en los que los tribunales “inferiores” han fallado en contra de los precedentes de la SCJEU, si bien arriesgándose a ver revocadas sus decisiones (análogamente a lo que ocurre en España, de hecho). La SCJEU no detenta la “propiedad” de la interpretación jurídica.
- c) La obediencia al precedente originado en una jurisdicción superior podría explicarse por algo distinto al respeto a la jerarquía, como el hecho de que las cortes, al carecer de tiempo suficiente para reconsiderar jurídicamente toda cuestión planteada, simplemente resuelven inercialmente apegándose a los precedentes, por mera economía procesal.
- d) Puede afirmarse que el intérprete, particularmente el juez como operador jurídico, obedece en última instancia a la Constitución, no a otros jueces, aún cuando se trate de quienes integran la SCJEU. El artículo VI de la Constitución federal, el cual contiene la denominada “cláusula de supremacía de la Constitución”, ordena a los jueces respetar el derecho federal, dentro del cual no están los precedentes de ninguna jurisdicción. Luego, los precedentes no son una genuina fuente formal del derecho estadounidense.
- e) Sólo algunas sentencias son materia de revisión ante la SCJEU,⁵¹ por lo que muchas quedan intocadas, incluso cuando expresan criterios jurídicos erróneos. Tampoco puede ignorarse el hecho de que los precedentes están sujetos al cambio e incluso a su no aplicación (vía *overruling* y *distinguishing*, respectivamente). Asimismo, los precedentes pueden ser tácitamente “derogados” por virtud de una reforma a la ley que fue materia de interpretación (“legislative overruling”).
- f) El principio del *stare decisis* no tiene fundamento expreso alguno en ninguna ley y, por ende, constituye una “costumbre judicial”.⁵² Argumentar en el sentido de

⁵¹ Existe un entramado de reglas que dificulta la admisión de un caso en la SCJEU. Entre ellas, la denominada “rule of four”, esto es, que para considerar admisible un caso, cuatro magistrados (Justices) deben aprobarlo. Refiere Hall que, en la década de los años noventa, poco más de 4,500 casos fueron aceptados en dicha Corte. De esa cantidad, sólo en 130 se ofrecieron alegatos y se recibieron sumarios. Una buena parte de los casos se resuelven sumariamente, esto es, sin atender a los alegatos de las partes. (HALL, 2004: 642)

⁵² Sobre este punto, precisa Caminker: “...Ninguna historia legislativa sugiere que el Congreso haya abrazado la doctrina de la jerarquía del precedente en su forma actual o bajo ninguna otra. De hecho, las cortes han considerado siempre dicha doctrina como de fuente judicial (“judge-

probar su existencia formal es inútil ya que, en todo caso, si tal principio existe es fruto del hábito observable en los órganos judiciales. Luego, si anhelamos postular el modelo de obediencia al precedente, es necesario indagar en otra órbita, esto es, bien en el ideal de la unidad de criterios en aras de la seguridad jurídica, bien en términos de construir la “mejor interpretación disponible”. (CAMINKER, 1994: *passim*) Caminker sugiere aquí una idea que recogeremos puntualmente: la de que, más allá del carácter de fuente formal que pueda tener la jurisprudencia, nos resulta más sugestivo ocuparnos de ésta desde el punto de vista argumentativo.

Caminker constata que el argumento de autoridad que rige implícitamente en los precedentes no agotan las cuestiones centrales: 1) ¿qué es lo que explica que, efectivamente, un precedente sea observado?; 2) ¿existe una o varias razones para sostener la obligatoriedad del precedente? Estas preguntas cobran vigencia en un país como los Estados Unidos en donde, precisamente, no existe una ley que dote de fuerza obligatoria a los precedentes. Sin embargo, creemos que dichas cuestiones también son pertinentes en sistemas jurídicos como el nuestro en donde, si bien existe tal norma, la juzgamos insuficiente para explicar la conveniencia o razón de observar los precedentes. Un fenómeno observable por cualquier abogado mexicano con cierta experiencia en el mundo judicial probaría que, en muchas ocasiones, la jurisprudencia no se obedece, sea por ignorancia o por conciencia de apartarse expresamente de ella e, inclusive, *interpretándola* para “hacerla expresar” lo que el operador desea.⁵³

made”); la doctrina se ha desarrollado a través del diálogo judicial, no de la invocación de la autoridad de las leyes (“statutory authority”).” (CAMINKER, 1994: 839)

⁵³ En mi experiencia como proyectista en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal recuerdo varios casos en donde, en cumplimiento a diversas ejecutorias emitidas por los Tribunales Colegiados de Circuito en Materia Administrativa, dichos Tribunales *reinterpretaban* la siguiente tesis jurisprudencial emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el año de 2005 cuyo rubro señala: “RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS DE CONFIANZA. ES FACULTAD DEL SUPERIOR JERARQUICO IMPONER LAS SANCIONES QUE CORRESPONDAN, TRATANDOSE DEL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN LA FRACCION IV DEL ARTICULO 56 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA”. En ella la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretó el artículo precisado en el sentido de que sólo el superior jerárquico del funcionario estimado administrativamente responsable podía imponerle sanciones como la amonestación o la suspensión en el empleo. Ello provocó que todos los juicios iniciados por servidores sancionados argumentando la incompetencia de las contralorías internas fueran ganados sistemáticamente. La pregunta subyacente era: ¿para qué se dota de competencia a dichas controlarías para tramitar y resolver el procedimiento disciplinario si, en el momento de individualizar y fijar la sanción respectiva, no resultan competentes? La respuesta abría un abismo insondable. Hubo que esperar dos años para que la propia Corte modificara su interpretación del artículo 56 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos en el sentido opuesto, a saber, que las contralorías también son competentes para imponer la amonestación y suspensión en el empleo, correspondiendo al superior jerárquico su mera ejecución material. Entre tanto, algunos

4. Retorno al precedente: reflexiones en torno a su fuerza obligatoria

A la luz de la exposición desarrollada en esta sección, podemos adelantar una tesis. Hemos examinado que, en los sistemas jurídicos actuales, coexisten el modelo del precedente y el modelo de la jurisprudencia. En ambos modelos existe una cierta concepción acerca del por qué debe seguirse el precedente o la tesis jurisprudencial. Ello supone una tesis acerca de su “autoridad” o fuerza obligatoria. Tal cualidad puede estar normativamente instituida (como en México) o no (España, Estados Unidos). Empero, del análisis de los casos examinados puede inferirse la presencia de, al menos, dos razones para sustentar la fuerza obligatoria del precedente o la tesis jurisprudencial.

Proponemos designar las razones que justifican la obediencia al precedente o a la jurisprudencia siguiendo una dicotomía clásica: razón formal y razón material. La primera, que denominamos razón *formal*, sostiene la obligatoriedad del o los precedentes por así preverlo y exigirlo una disposición contenida en el derecho positivo de un Estado. Este es el modelo mexicano, el cual reconoce fuerza obligatoria tanto a un precedente (ejecutoria de la cual se extrae una tesis jurisprudencial por unificación de criterios) como a una serie de ellos (serie de ejecutorias de las que se obtiene una tesis jurisprudencial por reiteración de criterios interpretativos constantes). En este enfoque, los precedentes (o la jurisprudencia) son considerados fuente formal del derecho.

Una variante de la razón formal reposa en la *autoridad* otorgada al precedente. Se sustenta, en nuestro concepto, en la creencia de que el precedente o conjunto de precedentes deriva su fuerza vinculatoria de la posición jerárquica que ocupa el tribunal que lo emitió. Esta especie de explicación formal de la obligatoriedad del precedente permite explicar cómo es que, en países donde no existe una norma que imponga su observancia, los tribunales lo acatan. Por tanto, el tribunal ubicado en la cúspide del Poder Judicial de un Estado emitirá precedentes

Tribunales Colegiados interpretaron la tesis citada en el sentido en el que, en agosto de 2007, la Corte acabaría modificándola. Este es un caso que prueba no solamente cómo algunos Tribunales se apartan de la jurisprudencia emitida por órganos jurisdiccionales superiores de manera expresa sino, también, como los jueces introducen normas jurídicas generales a través de la interpretación, lo que incluye la posibilidad de emitir tesis contradictorias.

La nueva tesis (modificada) reza así: “RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS DE CONFIANZA. LA FACULTAD PARA IMPONER LAS SANCIONES RESPECTIVAS TRATANDOSE DEL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN LA FRACCION IV DEL ARTICULO 56 DE LA LEY RELATIVA, CORRESPONDE AL TITULAR DEL ORGANO DE CONTROL INTERNO Y SU EJECUCION AL SUPERIOR JERARQUICO” (Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis de jurisprudencia 141/2007, Semanario Judicial de la Federación, agosto de 2007, página 571).

que deberán ser seguidos por los órganos jurisdiccionales inferiores. Si éstos incumplen tal obligación, corren el riesgo de ver revocados sus fallos en casación.

Sostener que un precedente es obligatorio por la fuente de la que proviene (el tribunal que lo emitió) está basado, implícitamente, en un clásico *argumento de autoridad*: "...a un enunciado normativo le es atribuido aquel significado que ya le había sido atribuido por alguien, y por ese solo hecho..." (EZQUIAGA, 2006: 325). El objetivo de la razón de autoridad es lograr la unificación de la jurisprudencia entendida, en términos amplísimos, como el conjunto de los criterios contenidos en todas las sentencias emitidas por los jueces y tribunales de un Estado.

Podría pensarse, de entrada, que España es un claro ejemplo de un país en donde prevalece la razón de autoridad para justificar la fuerza obligatoria del precedente. En efecto, en España la jurisprudencia del TSE es estimada obligatoria en razón de ser el máximo órgano de control de legalidad de ese país. Sin embargo, analizando en detalle el caso español observamos que representa lo que denominamos un "modelo mixto". Efectivamente, el artículo 164 de la Constitución de ese país reconoce que las sentencias del TCE que declaren la inconstitucionalidad de un precepto legal tendrán efectos *erga omnes* y, por ende, en este caso estamos ante una razón formal de justificación de la obligatoriedad del precedente, entendida en el sentido antes expresado.⁵⁴

En contra de la razón de autoridad puede objetarse lo siguiente: 1) el mero hecho de que un tribunal se encuentre en la cúspide del Poder Judicial no garantiza el que los tribunales y jueces inferiores obedezcan sus precedentes. De hecho, aún cuando parezca excepcional, en países como Estados Unidos y España algunos tribunales y jueces se apartan del precedente conscientemente, a pesar del riesgo de la casación; 2) el deber de obedecer el precedente proveniente de un tribunal jerárquicamente superior puede ser reemplazado por la razón material o argumentativa, esto es, dicho precedente será más o menos persuasivo atendiendo a la fuerza de los argumentos que exponga. Luego, no hay precedentes obligatorios en sentido estricto sino *más o menos obligatorios*, según su grado de persuasividad racional. Esta es la posición adoptada por Neil MacCormick, la cual resulta sugestiva en el marco de esta investigación.

Para MacCormick, influido por la tradición del Common Law, no existen precedentes obligatorios en estricto sentido. Por tanto, el problema de fijar la autoridad del precedente

⁵⁴ "Artículo 164.- 1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.
2. Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad."

consiste en una cuestión de grados y no de jerarquías. Más aún, los precedentes que provienen de jurisdicciones inferiores pueden fungir como razones para la decisión jurídica de tribunales superiores (incluyendo *votos particulares* y sentencias de las jurisdicciones internacionales). Acontece, también, que un mismo tribunal se aparta de su propio precedente (lo que la doctrina anglosajona denomina *overrule*) o, incluso, decide no aplicarlo a un caso concreto, en todo o en parte, por encontrar que no guarda semejanzas relevantes con él o bien sólo algunas (fenómeno designado como *distinguishing*).

En una tesis que compartimos, Maccormick pugna por vincular la teoría del precedente judicial con una teoría acerca de su justificación racional, a efecto de captar mejor su naturaleza. Considera que el modelo ideal es uno de carácter formal-empírico. Lo empírico condiciona el nivel formal, ya que de él se obtienen los datos que permiten mostrar lo que los tribunales argumentan realmente como razones para decidir. Precisa, en suma, que el precedente debe ser considerado a la luz de una teoría de la argumentación jurídica en una dinámica incesante por la búsqueda de las “mejores razones disponibles”. (Cf. MACCORMICK, 1987)

Encontramos en los votos particulares una fuente rica de razonamientos jurídicos que pueden contribuir a una superación del precedente o la jurisprudencia vigentes. En términos de lo dispuesto por el artículo 197-B de la Ley de Amparo, los votos particulares deben publicarse conjuntamente con la sentencia. Suelen adoptar dos especies básicas: voto *concurrente* y voto *disidente*. En el primer caso, el juzgador que lo formula está de acuerdo con el fallo, no así con las consideraciones jurídicas, las cuales reformula en su voto particular. En el segundo, el juzgador se aparta tanto de las consideraciones jurídicas como del fallo, mostrando en qué grado son erróneos y proponiendo el criterio que estima correcto en términos de la interpretación de las fuentes jurídicas.

Del voto disidente podría decirse que, en algún sentido, anticipa la *jurisprudencia del mañana*. En nuestro sistema jurídico los artículos 194 y 197 de la Ley de Amparo vigente facultan al Pleno y a las Salas de la SCJN, así como a los Tribunales Colegiados de Circuito, a modificar su propia jurisprudencia. Ahora bien, ¿el término “modificar” supone alterar la esencia del criterio jurisprudencial original o sólo sus accidentes? Al respecto, responde la SCJN en los términos siguientes:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XIX, Mayo de 2004

Tesis: P. XIII/2004

Página: 142

JURISPRUDENCIA. ALCANCES DE LA FACULTAD DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN PARA MODIFICARLA.

Los artículos 194 y 197 de la Ley de Amparo, facultan al Tribunal Pleno y a las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para modificar su jurisprudencia, para lo cual, como requisitos formales, se requiere solicitud de parte legítima, que previamente se haya resuelto el caso concreto y que se expresen las argumentaciones jurídicas en que se apoya la pretensión de modificación. Ahora bien, la palabra "modificación" contenida en el indicado artículo 194, no está constreñida a su significado literal, conforme al cual sólo podrían cambiarse los elementos accidentales de la jurisprudencia sin alterar su esencia, sino que permite el cambio total de lo anteriormente sostenido, esto es, se trata no sólo de interrumpir un criterio jurídico, sino sustituirlo por otro que puede ser, inclusive, en sentido contrario, de manera que acorde con la intención del legislador, "modificar la jurisprudencia" significa cambiar de criterio, interrumpir la obligatoriedad de una tesis y emitir una nueva que la sustituya. Asimismo, es importante señalar que la jurisprudencia tiene, como primer efecto, la interpretación de las leyes que regulan el marco de actuación de las autoridades y las relaciones entre particulares, así como entre éstos y los órganos del Estado y, como segunda consecuencia, de igual trascendencia, dar certeza jurídica a través del establecimiento de un criterio obligatorio que vincule de manera general, de lo que se sigue que frente a lo estático de las disposiciones normativas y ante la necesidad de actualizar su interpretación la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuenta con facultades amplísimas para transformar el criterio jurisprudencial respecto del cual se solicita su modificación.

Solicitud de modificación de jurisprudencia 3/2002. Magistrados integrantes del Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 9 de marzo de 2004. Unanimidad de diez votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: María Dolores Omaña Ramírez.

Conforme a lo aquí planteado, estimamos acertada la visión de Neil Maccormick respecto a cómo debe estimarse la "obligatoriedad" del precedente. En efecto, partiendo de sus consideraciones, sostenemos que aún bajo un criterio *formal* de "obligatoriedad", todo precedente (o tesis jurisprudencial) es susceptible de cambio e, inclusive, es factible que un tribunal se aparte de la jurisprudencia obligatoria de manera consciente, aún a riesgo de ver revocada su sentencia por un órgano jurisdiccional superior en jerarquía.

Otra manera de explicar el carácter *formal* del precedente reposa en lo que la doctrina especializada conoce como *principio de justicia formal*. Este principio se enuncia así: "los casos que presenten similitudes relevantes entre sí deben ser juzgados igual, pero diferente en caso contrario." Aquí no se está ante una norma jurídica que imponga adherirse al precedente o conjunto de precedentes sino, más bien, ante un principio de la argumentación racional

vinculada a la universalidad, coherencia y previsibilidad en la decisión jurídica. Esta razón es descrita por Marina Gascón como sigue:

... de las distintas acepciones que admite el vocablo... aquí se pretende atribuirle el significado de regla fundamental de la argumentación racional que ordena no tanto una mimética fidelidad a las resoluciones anteriores, sino más bien la realización de un ejercicio de universalización tendente a garantizar la corrección de la decisión adoptada. Una sentencia que tenga en cuenta la regla del precedente no es, por tanto, aquella que ‘repite’ otra anterior, sino aquella que pretende justificarse en un criterio general, en una regla que se considera deseable para regular un futuro caso semejante, disipando toda sospecha de parcialidad o arbitrariedad.... (GASCÓN, 1993: 47)

En sentido amplio, cualquier sentencia puede fungir como precedente para la decisión de casos futuros. Ello, si consideramos que cualquier precedente puede contener un ejercicio de argumentación jurídica útil para otros intérpretes y operadores jurídicos (no sólo los jueces). Pero, como advertimos, el precedente puede obligar por estar reconocido así formalmente. Si, en el primer caso, el precedente obliga más o menos según el peso de la justificación aducida, en el segundo *constríne con independencia de dicha justificación*, incluso cuando un observador pueda juzgarla incorrecta materialmente, esto es, cuando el precedente carezca de la justificación idónea. Al adquirir tal calidad jurídica, dichos precedentes operarían *en forma análoga a las normas producidas por el legislador*: “... La decisión judicial en un caso concreto se convierte así en obligatoria para la resolución de casos iguales, en tanto la norma individual que expone, es generalizada... Otorgar a semejante sentencia carácter de precedente, es sólo una ampliación consecuente de la función de producción de derecho del tribunal.” (KELSEN, 2003; 258-259)

En síntesis de lo aquí expuesto, la fuerza vinculativa del precedente puede ser clasificada bajo dos tipos extremos: persuasiva (*persuasive, advisory*) u obligatoria (*binding, mandatory*). Su carácter persuasivo está vinculado a su fuerza argumentativa; su carácter obligatorio, a su reconocimiento como norma general según el sistema jurídico de que se trate y al deber de conocer y aplicar el precedente a casos futuros.

En nuestra perspectiva, el juez debería resolver no solamente atento a lo fallado en el pasado sino, también, en consideración a la *mejor decisión posible* –legal y equitativamente–, pensando en las consecuencias de su decisión. Nuestra teoría del DJUR postula, por tanto, que las razones que fundamentan la obligatoriedad del precedente son, también, *razones materiales, morales o evaluativas*. No basta con sostener que ha de seguirse lo decidido en el pasado *sólo porque ha sido resuelto por una autoridad superior*. Debe poderse justificar que lo precedente sigue siendo correcto a la luz del sistema de valores que estructura a una sociedad política. Si las decisiones del pasado sólo sirven para encadenarnos, éstas deberían ser repensadas. En nuestra consideración, la obligatoriedad del precedente reposa en algún

punto intermedio entre la rígida adhesión formal a su contenido y la nula importancia reconocida a lo decidido en el pasado. Por tanto, rechazamos de entrada el formalismo como el realismo jurídico extremos. A reserva de plantearlo con mayor detenimiento, tal teoría se ubicaría entre la legalidad y la equidad, describiendo la tarea efectiva del juzgador como un *artesano de certezas* (¿o quizás de incertezas?...)

Atendiendo al consejo de MacCormick consistente en teorizar a partir del análisis empírico del precedente, en las páginas que siguen estudiamos un *corpus* o muestra de tesis jurisprudenciales emitidos por la Sala Superior del TCAFD. Culminada esta labor, contaremos con elementos suficientes para esbozar las líneas de una teoría del DJUR.

CAPÍTULO TERCERO

LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. La justicia administrativa en el Estado de derecho

En México, al lado de la jurisdicción ordinaria, comúnmente asociada al Poder Judicial, se ha desarrollado una jurisdicción especializada en la cual se encuentra comprendida la materia contencioso-administrativa. Es conveniente apuntar que la jurisdicción administrativa es distinta a la revisión que la administración realiza de sus propios actos. Los Tribunales administrativos son órganos autónomos especializados en la resolución de los conflictos que oponen los ciudadanos a la administración pública.

El carácter de la jurisdicción especializada ha sido discutido ampliamente por la doctrina. Aquí partimos del hecho de que la especialización jurisdiccional ha sido reconocida por la Constitución y la doctrina, tal y como acontece en el contexto contencioso-administrativo. Un paso relevante hacia la existencia de Tribunales especializados en esta materia se verificó en la exposición de motivos de la Ley de Justicia Fiscal de 1936, origen del actual Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.⁵⁵

⁵⁵ Es sabido, ciertamente, que el primer antecedente histórico en la materia lo fue la denominada « Ley Lares » de 1853. Para una amplia exposición de los antecedentes históricos relativos, refiérase el lector a la obra de Andrés Serra Rojas, *Derecho administrativo*, Porrúa, México, 2006, pp. 797 y ss. Asimismo, consúltese el artículo de Jorge Carpizo « Bases constitucionales de los Tribunales de lo contencioso administrativo », en su obra *Estudios constitucionales*, Porrúa, México, 2003, pp. 178 y ss. Un estudio amplio es el que se encuentra, finalmente, en el capítulo tercero de la obra *Evolución y perspectiva de los órganos de jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano*, de José Luis Vázquez Alfaro, UNAM, México, 1991 (ver el capítulo tercero).

En este capítulo nos constreñimos a señalar los antecedentes más recientes y notables, considerando que nuestro objetivo no consiste en efectuar un análisis de la jurisdicción contencioso-administrativa en sí misma, como tampoco ahondar en sus orígenes institucionales e históricos. Antes bien, consiste en el examen de una muestra de tesis jurisprudenciales emitidas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, contrastándolas a algunas tesis del Poder Judicial de la Federación.

Otros autores, César Castañeda Rivas y Miguel Angel Cedillo Hernández, examinan igualmente la naturaleza y orígenes de la jurisdicción contencioso-administrativa en su obra común intitulada *Evolución y perspectivas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del*

El término *contencioso* evoca la contienda, el conflicto de intereses. ¿Cuándo puede hablarse de un conflicto contencioso-administrativo? Pueden distinguirse dos tesis. Por un lado, lo contencioso administrativo comprende “fenómenos que no son exclusivamente jurisdiccionales, pues lo contencioso surge del simple choque de intereses entre el particular y el gobierno. De esta manera las inconformidades, las reconsideraciones que presenta un particular ante las autoridades, y que toman la forma de recursos administrativos, son manifestaciones de diferencias contencioso-administrativas”. (CASTAÑEDA RIVAS, 1996: 27) Por otro lado, se sostiene que el momento contencioso-administrativo debe distinguirse de los procedimientos seguidos ante la autoridad que dicta un acto desfavorable a los intereses de un particular y que puede ser impugnado ante su superior jerárquico. Dichos procedimientos constituyen, conforme a esta segunda tesis, un instante diverso a la defensa de los intereses de un gobernado ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por tanto, “...lo contencioso administrativo... no puede surgir sino hasta que se combata la resolución que dicte en el recurso por el superior jerárquico, que es la definitiva, y ésta se impugna ante un organismo autónomo, independientemente de la relación jerárquica de la autoridad que dictó la resolución impugnada.” (SANCHEZ MEJORADA, 1993: 59)

En un estudio clásico opina Jorge Carpizo que:

En una forma general se puede decir que el contencioso administrativo *es el examen jurisdiccional de los actos administrativos*. En esta corta oración están incluidos sus elementos, al hablar de jurisdicción se está excluyendo la revisión vertical de los actos por la propia Administración, y se está implicando una relación angular en que se encuentra un juez independiente sin importar que pertenezca desde el aspecto formal al poder judicial o al ejecutivo. Al hablarse de *acto administrativo* se especifica que no es motivo del contencioso administrativo cualquier actuación de la Administración; respecto a la finalidad del mismo no se dice nada, ya que aunque primordialmente es una defensa de los particulares frente a la Administración, también puede ser una defensa de

Distrito Federal, México, Fondo de Cultura Económica, 1996. Respecto de la creación del Tribunal Fiscal de la Federación en 1936, estos autores citan la exposición de motivos de la Ley de Justicia Fiscal, que consideramos de importancia retomar aquí, al justificar su puesto en el marco de las funciones del poder : “El Tribunal Fiscal de la Federación estará colocado dentro del marco del Poder Ejecutivo (lo que no implica ataque al principio constitucional de la separación de poderes, supuesto que precisamente para salvaguardarlo surgieron en Francia los Tribunales administrativos); pero no estará sujeto a la dependencia de ninguna autoridad de las que integran ese poder, sino que fallará en representación del propio Ejecutivo por delegación de facultades que la ley le hace. En otras palabras : será un Tribunal administrativo de justicia delegada, no de justicia retenida. Ni el presidente de la República ni ninguna otra autoridad administrativa, tendrán intervención alguna en los procedimientos o en las resoluciones del Tribunal.” *Op. Cit.*, pp. 51 y 52.

órganos que no tengan la característica de particular o gobernado. (CARPIZO, 2003: 177)

El Poder Judicial de la Federación ha reflexionado en torno del carácter de los Tribunales de lo contencioso-administrativo. Al revisar los precedentes sobre el tema se constata que se reconoce la existencia de una jurisdicción especializada en la materia, si bien se discute acerca de sus alcances. Así, al inquirirse un Tribunal colegiado de circuito acerca del tipo de jurisdicción que ejercen dichos Tribunales, señaló:

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

XII, Diciembre de 1993

Página: 896

Tesis Aislada

Materia(s): Administrativa

JURISDICCION DELEGADA. LIMITES.

El control de la legalidad de los actos que emanan del Poder Ejecutivo, ha tenido históricamente dos vías. La primera llamada jurisdicción retenida conforme a la cual los actos emanados de la autoridad administrativa de menor rango son susceptibles de ser revisados por el superior jerárquico, y los de éste por su superior y así sucesivamente hasta llegar al titular del Poder Ejecutivo Federal o Local. Este sistema fue criticado por dos razones sustanciales, porque el órgano administrativo carecía de capacidad intelectual para apreciar los temas de legalidad, dado que no siempre era un profesionista en derecho quien revisaba los actos de autoridad, y además porque era frecuente que el acto ejecutado por el inferior había sido ordenado por el superior, quien de esta manera al revisar era juez y parte por lo que carecía de imparcialidad. A esta vía correspondieron y corresponden los recursos ordinarios administrativos en los que el reestudio de legalidad lo efectúa el mismo órgano que lo emitió o bien el superior jerárquico. La segunda vía se llama jurisdicción delegada, y el primer expositor doctrinario de tal idea fue el licenciado Teodosio Lares, quien demostró que podía coexistir una función jurisdiccional dentro de la administración pública, sin provocar un choque de poderes con el Poder Judicial respectivo. Con esta idea nació el Tribunal Fiscal de la Federación, cuya materia fue originalmente conocer de la legalidad de los actos emanados de la Secretaría de Hacienda, y así resolvía en representación del titular del Poder Ejecutivo Federal. La idea proliferó dadas sus ventajas y en el Estado de México se creó el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para conocer de todas las controversias de carácter administrativo y fiscal que se suscitaran entre la administración pública del Estado, los municipios u organismos descentralizados con facultades de autoridad y los particulares (artículo 3). La lectura de este precepto induce al error de considerar que incluye como facultad del Tribunal los actos que se deriven directamente del Ejecutivo local. Sin embargo, si el Tribunal de lo Contencioso Administrativo nace y se genera en

la vía de jurisdicción delegada, entonces es lógico entender que los únicos actos de autoridad administrativa que están excluidos del juicio previsto en la Ley de Justicia Administrativa del Estado de México, los son los que provienen directamente del gobernador del Estado, porque éste no puede ser delegante de facultades y al mismo tiempo ser sujeto procesal en un juicio seguido por un particular ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, pues de otra manera se alteraría la naturaleza del referido Tribunal que actúa en jurisdicción delegada, y precisamente en representación del gobernador del Estado.

Llama la atención la manera en la que, en el precedente invocado, se concibe los alcances de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Ubicada bajo la denominación de “jurisdicción delegada”, se pretende concluir que un Tribunal contencioso-administrativo es incompetente para controlar la legalidad de los actos emanados de un gobernador, por ser éste quien ha “delegado” la facultad de resolver conflictos entre la administración y un particular. Sin embargo, tal conclusión es incorrecta. En las leyes orgánicas de los Tribunales dedicados a esta materia se ha reconocido su autonomía respecto a los demás órganos y poderes del Estado. Si esto es así, entonces no se comprende porqué deba concebirse a la jurisdicción que nos ocupa como “delegada”. Por otra parte, en las leyes orgánicas que norman a los Tribunales especializados en la materia se reconoce que podrán demandarse los actos emanados de las autoridades administrativas, lo que incluye a los titulares en turno del Poder Ejecutivo. Asimismo, en muchas de ellas se prevé, incluso, la facultad de imponer sanciones como la destitución del funcionario público que desacate lo ordenado en una sentencia, salvo aquéllos que posean inmunidad. En la actualidad, prevalece el criterio siguiente:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXIV, Septiembre de 2006

Tesis: I.4o.A. J/45

Página: 1394

TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. MODELO DE JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MIXTO.

El Código Fiscal de la Federación actualmente adopta un modelo de jurisdicción contencioso administrativo mixto, a saber: a) Objetivo o de mera anulación; y, b) Subjetivo o de plena jurisdicción. El primero tiene la finalidad de controlar la legalidad del acto y restablecer el orden jurídico violado, teniendo como propósito tutelar el derecho objetivo, esto es, su fin es evaluar la legalidad de un acto administrativo y resolver sobre su validez o nulidad. En el segundo modelo, el Tribunal está obligado a decidir la reparación del derecho subjetivo, teniendo la sentencia el

alcance no sólo de anular el acto, sino también de fijar los derechos del inconforme y condenar a la administración a restablecer y hacer efectivos tales derechos, es decir, en estos casos será materia de la decisión la conducta de una autoridad administrativa a efecto de declarar y condenarla, en su caso, al cumplimiento de una obligación preterida o indebidamente no reconocida en favor del administrado.

Por varias décadas, la constitucionalidad de los Tribunales administrativos fue ampliamente debatida por la doctrina hasta que, por virtud de las reformas de 1946 y 1967, se previó su existencia constitucional. En efecto, la reforma de 1946 adicionó la fracción I al artículo 104 constitucional, con lo que se estableció la existencia implícita de dichos Tribunales. Decimos “implícita” porque se reconoció que las sentencias de aquéllos podrían ser impugnadas en revisión ante los Tribunales federales.⁵⁶ En 1967, se realizó una nueva reforma al artículo 104 constitucional, esta vez reconociendo expresamente su existencia.⁵⁷ Finalmente, la reforma de marzo de 1987 al artículo 116 constitucional consideró expresamente la posibilidad de que las constituciones y leyes locales instituyeran Tribunales de lo contencioso-administrativo. En agosto de 1987, se adicionaron la fracción XXIX-H del artículo 73 y el artículo 104 con la fracción I-B, a efecto de dar facultad al Congreso de la Unión para dictar leyes que establezcan Tribunales especializados y para que los Tribunales colegiados de circuito conozcan en revisión las resoluciones que aquéllos emitan. Finalmente, las reformas de octubre de 1993 a los artículos 73, fracción XXIX-H, 104, fracción I-B y 122 constitucionales culminaron el proceso de la constitucionalización de los Tribunales administrativos. Hoy, la discusión sobre la constitucionalidad de los Tribunales de lo contencioso-administrativo ha sido superada.

2. Surgimiento y competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal

⁵⁶ La reforma estableció, en el párrafo que aquí interesa, lo siguiente : “En los juicios en que la Federación está interesada las leyes podrán establecer recursos ante la Suprema Corte de Justicia contra las sentencias de segunda instancia o contra las de Tribunales administrativos creados por la ley federal, siempre que dichos Tribunales estén dotados de plena autonomía para dictar sus fallos.”

⁵⁷ “Las leyes federales podrán instituir Tribunales de lo contencioso administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Federal o del Distrito y Territorios Federales y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones.

Procederá el recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia contra las resoluciones definitivas de dichos Tribunales administrativos, sólo en los casos que señalen las leyes federales y siempre que esas resoluciones hayan sido dictadas como consecuencia de un recurso interpuesto dentro de la jurisdicción contencioso administrativa.”

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal (en lo sucesivo, el **TCADF**) surgió con la publicación de la Ley que lo creó el 17 de marzo de 1971. Empero, fue hasta el 17 de julio de dicho año que inició sus labores. El TCADF tiene su fundamento constitucional en la Base Quinta del artículo 122 de la Constitución federal, el cual prevé que dicho órgano judicial cuenta con plena autonomía para dirimir las controversias que se le presenten de conformidad con su ley orgánica. Por su parte, la fracción XXIX-H del artículo 73 de la propia Constitución faculta al Congreso de la Unión para expedir leyes que instituyan Tribunales de lo contencioso-administrativo, dotados de plena autonomía para dirimir las controversias que se susciten entre los particulares y la administración pública. Las sentencias dictadas por estos órganos pueden ser revisadas por los Tribunales Colegiados de Circuito, atento a lo previsto por el artículo 104, fracción I-B, de la Constitución, no procediendo ya ningún otro juicio o recurso en contra de sus fallos.

La Ley que rige actualmente al TCADF fue publicada el 10 de septiembre de 2009 y entró en vigor al día siguiente. A la fecha de publicación de esta investigación (verano del 2012), dicha Ley ha conocido dos reformas, las cuales no afectaron las facultades que el Pleno de la Sala Superior detenta para fijar la jurisprudencia. La existencia de este órgano jurisdiccional descansa sobre el principio de la autonomía de modo que sus determinaciones son independientes de los actos del Poder Ejecutivo local. Como precisan Castañeda Rivas y Cedillo Hernández, el principio de autonomía, propio de todo Tribunal especializado, se suma a los de *imparcialidad* y *especialidad*. “Imparcialidad, porque al no depender ya del Ejecutivo le infundió confianza a los gobernados, pues las decisiones que pronunciara el órgano jurisdiccional no se verían influenciadas por la autoridad. Especialidad porque los asuntos serían examinados por jueces especializados en la materia administrativa...” (CASTAÑEDA RIVAS, 1996: 30-31) No olvidemos que, hoy en día, ha sido superado el modelo de jurisdicción administrativa “retenida” y “delegada” que colocaba a los Tribunales especializados dentro del Poder Ejecutivo.

La existencia del Tribunal se encuentra reiterada en el artículo noveno del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, el cual precisa :

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo tendrá plena autonomía para dirimir las controversias entre los particulares y las autoridades de la Administración Pública del Distrito Federal. Se compondrá de una Sala Superior y por Salas Ordinarias, conforme lo establezca su ley orgánica. Igualmente, y por acuerdo de la Sala Superior, podrán formarse Salas Auxiliares cuando se requiera por necesidades del servicio.

El Tribunal es un órgano revisor de la legalidad de los actos de la administración pública local. El Tribunal puede conocer de los actos emitidos por los órganos administrativos del Distrito Federal, sean centralizados, desconcentrados o paraestatales.

El Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal y el Reglamento Interior de la Administración Pública del Distrito Federal definen y enlistan los órganos de la administración pública local. Por su parte, el artículo 31 de la Ley del Tribunal determinan la competencia de las Salas del Tribunal, limitando en este sentido su jurisdicción por territorio y materia. Son llamadas “dependencias” los órganos de la administración pública central, entendiéndose por tales a la Jefatura de Gobierno del Distrito Federal, las Secretarías, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y la Consejería Jurídica y de Servicios Legales (artículo 2 de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal).⁵⁸ Son órganos desconcentrados con autonomía funcional en acciones de gobierno las delegaciones del Distrito Federal. Finalmente, son organismos descentralizados las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos públicos (artículo 97 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal y 3, fracción VIII de la Ley Orgánica citada). Estos últimos son igualmente denominados “entidades” y cuentan con personalidad jurídica y patrimonio propio.

Por su parte, el artículo 31 de la Ley del Tribunal determina su competencia por materia como sigue :

Artículo 31.- Las Salas del Tribunal son competentes para conocer:

I. De los juicios en contra de actos administrativos que las autoridades de la Administración Pública del Distrito Federal dicten, ordenen, ejecuten o traten de ejecutar, en agravio de personas físicas o morales;

II. De los juicios en contra de los actos administrativos de la Administración Pública Paraestatal del Distrito Federal, cuando actúen con el carácter de autoridades;

III. De los juicios en contra de las resoluciones definitivas dictadas por la Administración Pública del Distrito Federal en las que se determine la existencia de una obligación fiscal, se fije ésta en cantidad líquida o se

den las bases para su liquidación, nieguen la devolución de un ingreso indebidamente percibido o cualesquiera otras que causen agravio en materia fiscal;

⁵⁸ El artículo tercero del Reglamento de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal incluye, como órganos pertenecientes a la administración pública central, los siguientes : las Subsecretarías, la Tesorería del Distrito Federal, la Procuraduría Fiscal del Distrito Federal, las Coordinaciones Generales, las Direcciones Generales, las Subprocuradurías, las Direcciones Ejecutivas y las Contralorías Internas.

IV. De los juicios en contra de la falta de contestación de las mismas autoridades, dentro de un término de treinta días naturales, a las promociones presentadas ante ellas por los particulares, a menos que las leyes y reglamentos fijen otros plazos o la naturaleza del asunto lo requiera;

V. De los juicios en contra de resoluciones negativas fictas, que se configurarán transcurridos cuatro meses a partir de la recepción por parte de las autoridades demandadas competentes de la última promoción presentada por él o los demandantes, a menos que las leyes fijen otros plazos;

VI. De los juicios en que se demande la resolución positiva o afirmativa ficta, cuando la establezcan expresamente las disposiciones legales aplicables y en los plazos en que éstas lo determinen;

VII. De los juicios en que se impugne la negativa de la autoridad a certificar la configuración de la afirmativa ficta, cuando así lo establezcan las leyes;

VIII. De las quejas por incumplimiento de las sentencias que dicten;

IX. Del Recurso de reclamación en contra de los acuerdos de trámite de la misma Sala;

X. De los juicios que promuevan las autoridades para que sean nulificadas las resoluciones favorables a las personas físicas o morales;

XI. De las resoluciones que dicten negando a las personas físicas o morales la indemnización a que se contrae el artículo 77 bis de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

El particular podrá optar por esta vía o acudir ante la instancia judicial competente; y

XII. De los demás que expresamente señalen ésta u otras Leyes.

Como se observa, la competencia por materia del Tribunal comprende actos de naturaleza administrativa y fiscal, que emitan órganos de la administración pública del Distrito Federal. En materia administrativa el ejercicio de la acción se extiende incluso a aquéllos actos que se traten de ejecutar en agravio de los particulares, como acontece en el caso de la emisión de órdenes verbales o bien un embargo en materia fiscal. Hay que hacer notar que la competencia del Tribunal en materia fiscal fue reconocida tardíamente. Desde su creación en marzo de 1971 y hasta 1979, el Tribunal sólo conocía de actos administrativos, viéndose posteriormente ampliada su competencia. Así, entre 1971 y 1979 el entonces denominado Tribunal Fiscal de la Federación era el único órgano jurisdiccional competente para conocer de controversias fiscales.

En su origen, el artículo 79 de la Ley del Tribunal preveía que éste contaba con plena jurisdicción para dictar sus fallos, pudiendo señalar en sus sentencias el sentido de la nueva resolución que debe dictar la autoridad responsable. En la ley vigente se autoriza al juzgador a determinar los alcances exactos bajo los cuales habrá de cumplirse una sentencia, en uso de la plena jurisdicción de que está dotado el TCADF. Este tipo de sentencias son conocidas como “para efectos”, cuyo alcance legal ha sido descrito así:

Octava Epoca

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: V, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1990

Página: 515

TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL. ESTA FACULTADO PARA DICTAR SENTENCIAS PARA EFECTOS.

Conforme la exposición de motivos de la iniciativa enviada al Congreso, la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, persiguió establecer la justicia administrativa en forma ágil, eficaz y sin formulismos. En el proyecto de Ley turnado al legislador se propuso como elemento de la sentencia, entre otros, que ésta fijará los términos de la modificación del acto impugnado y, en su caso la condena correspondiente; y como efectos de ella, restablecer las cosas al estado que guardaban, antes de haberse decretado o ejecutado el acto y fijar el sentido de la nueva resolución. Así, el Tribunal nació a la vida jurídica recogiendo esa orientación en el texto de la ley (artículos 77, fracción III, y 79). En el año de mil novecientos setenta y tres (Diario Oficial de la Federación del 4 de enero) se produjeron reformas y adiciones al citado ordenamiento, pero prevaleció la facultad de las Salas para establecer el alcance de su fallo, e incluso para decretar una condena a la administración. Posteriormente, en el año de mil novecientos setenta y nueve (Diario Oficial de la Federación del 3 de enero) la Ley volvió a modificarse; se alteró la numeración de algunos de sus preceptos y se amplió la competencia del Tribunal a la materia fiscal, entre otras cosas. Se dotó de facultades al órgano para lograr la restitución de los derechos afectados, esto es, para proveer al cumplimiento de sus fallos y se facultó a

las Salas, (potestad de que ya disfrutaba) para señalar en las sentencias los lineamientos a seguir para salvaguardar el derecho afectado al particular. De tal manera en el artículo 81 de la Ley señalada, texto vigente, se dispuso que de ser fundada la demanda, las sentencias dejarán sin efecto el acto impugnado y las autoridades quedaran obligadas a otorgar o restituir al actor en el goce de los derechos que le hubieren sido indebidamente afectados o desconocidos, en los términos que establezca la sentencia. En estas condiciones, tomando en cuenta la finalidad con que fue creado el Tribunal mencionado, la circunstancia de que en su regulación no se adoptó en sus formas puras el modelo contencioso administrativo subjetivo ni el de mera anulación, así como su historia legislativa, se impone concluir que las Salas de ese Tribunal pueden imprimir efectos a sus fallos, para lograr el otorgamiento o restitución al actor en el goce de los derechos afectados o desconocidos. Lo anterior significa que será el propio Tribunal, quien determine en cada caso si procede o no una declaratoria acompañada de efectos, porque depende de la amplitud de la controversia sometida a su conocimiento.

Como lo examina el criterio transcrito, el legislador quiso que las resoluciones del Tribunal fueran de anulación, de validez y para ciertos efectos. De esta forma se busca impartir una justicia más perfecta, completa y asequible a los particulares. La diversidad posible en los alcances de las sentencias obedece a los principios de la *plena jurisdicción y autonomía* consagrados en el artículo 1 de la Ley del Tribunal.

¿Quiénes están facultados por la Ley del Tribunal para acudir a juicio? Esta cuestión nos conduce a uno de los puntos más debatidos, tanto doctrinal como legalmente, sobre los alcances de la jurisdicción contencioso-administrativa. Nos referimos a la categoría del *interés* la cual, si bien es un concepto reconocido legalmente, hunde sus raíces en la psicología y la sociología. Actualmente, para demandar ante el Tribunal ha de acreditarse el interés legítimo según lo prevé el artículo 51 de su Ley Orgánica y, en algunos casos, el interés jurídico. El interés jurídico se exige cuando la pretensión procesal del justiciable consista en obtener una sentencia que le permita ejercer una actividad regulada a través de una concesión, permiso, autorización o título equivalente, para promover su demanda deberá probar que cuenta con interés jurídico. Al hacer esta distinción, el legislador busca evitar que, so pretexto de una declaración de nulidad, un gobernado pueda realizar una actividad (o continuar explotándola) sin cumplir con los requisitos legales (por ejemplo, construir sin la manifestación respectiva, exponer un anuncio espectacular sin licencia o explotar una cantina sin la autorización para vender alcohol). De hecho, en la Ley originalmente publicada en septiembre de dos mil nueve se previó únicamente el interés legítimo. Sin embargo, se regresó al esquema duplicado de la figura del interés en julio de dos mil doce, momento en que se publicaron las dos primeras reformas a la Ley vigente, incorporándose la figura del interés jurídico. En suma, se retornó al esquema anteriormente conocido.

La historia del Tribunal puede describirse a partir de cómo ha evolucionado la noción de “interés”. Con una clara vocación popular, la primera Ley (publicada en marzo de 1971) reconoció que “Estarán legitimadas para demandar las personas que tuvieren un interés que funde su pretensión” (artículo 32). Como puede apreciarse, el margen de posibilidades para

que un particular acudiera ante el Tribunal era amplísimo, ya que bastaba señalar que se tenía interés en lograr la anulación de un acto administrativo para que el órgano jurisdiccional tramitara la demanda.

En la primera reforma a dicha Ley (1973) se modificó relativamente el tipo de interés, siendo ahora el “legítimo”. En 1979 se retornó al interés simple, como se aprecia en el artículo 33 de la Ley reformada en ese año. Sin embargo, un giro radical ocurrió en junio de 1986, cuando se reformó la Ley exigiéndose, *para todos los casos*, la prueba del interés jurídico para demandar ante el Tribunal. Evidentemente, este requisito formal limitó las posibilidades que tenían los habitantes de la ciudad de México para acudir a juicio, ya que no todos contaban con un documento que probara su pretensión. Este cambio coincidió con la aparición de la Sala Superior. Entre 1986 y 1995 no se modificó el interés jurídico. De hecho, el objeto de las reformas publicadas entre esos años versó, sustancialmente, sobre la inclusión del recurso de revisión a favor de las autoridades y en contra de las sentencias emitidas por la Sala Superior así como respecto de la inamovilidad de los Magistrados y el retiro hasta los 75 años. En suma, el grueso de las reformas operó respecto al reforzamiento de la Sala Superior. Habría que esperar la publicación de la segunda Ley del Tribunal para retornar al interés legítimo.⁵⁹

En la Ley publicada el 1 de enero de 1996 en la GODF se retornó al interés legítimo en el artículo 34. Empero, en la reforma de 2004 se adicionó dicho artículo a fin de incorporar el interés jurídico. El objetivo fue evitar que las personas que no cuentan con un permiso, autorización, concesión o título similar obtuvieran sentencias favorables a sus intereses. Pensemos, por ejemplo, en un taxista cuyo vehículo fue retenido y conducido a un depósito por no contar con título concesión y que pretende demandar la nulidad de la resolución que le impuso una multa. También, en el ciudadano que realizó construcciones en su domicilio sin contar con una manifestación presentada ante la delegación de su domicilio. En este caso, dicho ciudadano buscaría evitar que la construcción realizada fuese clausurada y demolida,

⁵⁹ En 1995 se aprobó la segunda Ley del Tribunal. En el dictamen de las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia así como de Hacienda de la entonces Asamblea de Representantes del Distrito Federal se tuvo conciencia del giro que se había dado en 1986 tratándose del interés jurídico: “En el artículo 34 del documento a examen las Comisiones que suscriben estiman necesario adecuar el texto del artículo a lo consignado en la exposición de motivos de esta iniciativa, por lo que se modifica la parte relativa a ‘interés jurídico’ por interés legítimo. Se estima pertinente el cambio antes mencionado ya que por las características del Tribunal, **no debe exigirse la existencia de un interés jurídico para demandar como lo establece la Ley vigente, sino un interés legítimo, para cuya existencia no es necesaria la afectación de un derecho subjetivo, ya que basta una lesión objetiva a la persona física o moral, derivada de la aplicación de la Ley.**” (énfasis añadido)

Para la consulta de las iniciativas de reforma y adición a la Ley del Tribunal hemos revisado las fuentes consultables en la biblioteca de dicha institución así como el siguiente enlace en la Internet: <http://cronica.diputados.gob.mx/Iniciativas/> [consulta: noviembre de 2007] También resulta útil consultar la Gaceta Oficial del Distrito Federal: <http://www.consejeria.df.gob.mx/gaceta/>

pero también pretendería evitar el pago de una o varias multas que pudiesen haberle impuesto. Hoy en día, la tercera Ley del Tribunal retoma el interés legítimo pero, como ha quedado expuesto, incorpora el interés jurídico en los casos de los giros o actividades reglamentadas.

Actualmente, el Tribunal se encuentra compuesto por una Sala Superior formada por siete magistrados, uno de los cuales funge como su Presidente. Asimismo, posee cinco Salas ordinarias y las auxiliares que, eventualmente, puedan llegar a crearse por razones del servicio. Cada Sala está compuesta por tres magistrados. El Pleno de la Sala Superior del Tribunal es el órgano supremo en términos jurisdiccionales. Su aparición data de la reforma de 16 de junio de 1986. Compuesta por cinco magistrados hasta 1999 y por siete a partir de ese año, dicha Sala Superior se abocó a conocer de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias emitidas por las Salas de primera instancia. Debe destacarse que, desde 1986, la Sala Superior del TCADF es la única competente para fijar jurisprudencia, modificarla o interrumpirla. En septiembre de dos mil nueve, con la publicación de la tercera Ley del Tribunal, se creó la Junta de Gobierno formada por cinco magistrados: tres de Sala Superior y dos de las Salas ordinarias. Dicha Junta ejerce facultades esencialmente administrativas, descargando a la Sala Superior de estas responsabilidades. Asimismo, posee la facultad de elaborar el Reglamento Interior del Tribunal, así como el Estatuto del Servicio Civil de Carrera Jurisdiccional.

B) LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL

1. Presentación

La jurisprudencia del Tribunal se distribuye en cuatro “épocas”. Para distinguir el inicio y fin de cada una, la técnica jurisprudencial recurre a diversos criterios. Entre ellos, destacan los siguientes. El primero atiende simplemente a la fecha de publicación de la ley u ordenamiento que prevé las atribuciones de creación jurisprudencial. Por tanto, la fecha de su entrada en vigor coincide con el inicio de una nueva época, culminando justamente cuando pierde vigencia por el advenimiento de una nueva regulación. Otro criterio parte del momento en que, efectivamente, se inició la publicación de tesis jurisprudenciales bajo la vigencia de una nueva ley y culmina con la última tesis que haya sido difundida en tal periodo. Finalmente, para determinar el inicio de una nueva época puede limitarse el estudioso a las reglas que confieren facultades a un determinado órgano para fijar jurisprudencia, sea que coincidan con la publicación de una determinada ley o bien que se incorporen con posterioridad a ésta. En este caso, el inicio y término de una época está vinculada estrechamente a la existencia de reglas que faculden a un órgano para emitir jurisprudencia. Este criterio resulta útil en los casos en los

que, en un inicio, la ley que crea un órgano del Estado con facultades jurisdiccionales no lo dota, simultáneamente, de atribuciones jurisprudenciales, pudiéndose conferir posteriormente.

Ninguna de las leyes que ha regido al TCADF menciona el término “épocas” para referirse a los distintos periodos de creación y difusión de la jurisprudencia del Tribunal. Aunado a ello, y a diferencia de la jurisprudencia emitida por el PJP, el Pleno del Tribunal en sus inicios y, desde 1986, su Sala Superior, no han emitido acuerdos a través de los cuales se declare el inicio y fin de cada una de las épocas de la jurisprudencia. Ello podría suscitar la pregunta de si tales hechos invalidan las tesis difundidas a partir del año de 1973. Creemos que no. Recuérdese que la fuerza obligatoria de las tesis jurisprudenciales deviene de las disposiciones legales que, por una parte, le otorgan facultades al órgano correspondiente para emitirla. Por otra parte, del hecho de que una vez generadas (sea por unificación o reiteración de criterios) y oportunamente publicadas, su observancia se torna obligatoria para el Tribunal.

Oficialmente, la primera época se extendió del primero de julio de 1973 al 15 de noviembre de 1986. En este periodo la producción jurisprudencial se distribuyó entre el Tribunal Pleno y las Salas, cuando aún no existía la Sala Superior. En 1973 se reconoció la competencia del Pleno para establecer jurisprudencia por reiteración, además de la que tenía para solucionar contradicciones de criterios entre las salas.⁶⁰ Atento a la reforma publicada ese año, se

⁶⁰ Ciertamente, la primera Ley del Tribunal fue publicada en el año de 1971. Sin embargo, fue hasta el año de 1973 que se adicionó el artículo 83 bis, reconociendo la facultad de integrar jurisprudencia, quedando redactado así: *“Las resoluciones del Tribunal, funcionando en pleno, constituirán jurisprudencia obligatoria para éste y para las salas que lo integran, cuando lo resuelto en ellas se sustente en cinco ejecutorias, no interrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas cuando menos por siete magistrados.”* Sin embargo, la reforma más profunda a la primera Ley tuvo lugar en el año de 1979, comprendiendo también la parte relativa a la jurisprudencia.

El artículo 88 de la Ley del Tribunal reformada en 1979 establecía: *“Las sentencias de las salas del Tribunal constituirán jurisprudencia, que será obligatoria para éstas, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que las componen.”*

Tratándose de la jurisprudencia que emitía el Pleno del Tribunal, el artículo 89 señalaba: *“Las resoluciones del Tribunal, funcionando en pleno, constituirán jurisprudencia obligatoria para éste y para las Salas que lo integran, cuando lo resuelto en ellas se sustente en cinco ejecutorias, no interrumpidas por otra en contrario que hayan sido aprobadas cuando menos por siete magistrados.”*

En lo tocante a la modificación e interrupción de la jurisprudencia, así como en lo atinente a la solución de tesis contradictorias emitidas por las Salas del Tribunal, se fijaron las reglas siguientes:

“Artículo 90. La jurisprudencia perderá tal carácter cuando se pronuncie una resolución en contrario, debiendo expresarse en ella las razones que funde el cambio de criterio, las cuales deberán referirse a las que se tuvieron en consideración para establecerla.”

requería el voto de por lo menos siete de los magistrados que componían el Pleno manifiesto en cinco precedentes constantes, mientras que se exigía la unanimidad de votos para que se aprobaran tesis emitidas por las Salas. La primera época culmina con la aparición de la Sala Superior en 1986. Para efectos de esta investigación, dicho año resulta clave en relación a las reglas para establecer la jurisprudencia. Ciertamente, a partir de ese año la Sala Superior concentró todas las atribuciones en materia de producción jurisprudencial. Por tanto, las diversas tesis publicadas en las épocas segunda (1986-1995), tercera (1996 hasta principios de septiembre de 2009) y cuarta (a partir del once de septiembre de dos mil nueve en adelante) son fruto del trabajo exclusivo de dicha Sala Superior. Cabe precisar que la tercera época se inauguró con la publicación de la segunda Ley del Tribunal. Sin embargo, en el año de 1996 no se difundió ninguna tesis jurisprudencial, por lo que nuestro estudio comienza a partir del año de 1997. Con la publicación, el diez de septiembre de dos mil nueve, de la nueva Ley Orgánica del TCADF, comenzó la cuarta época de la jurisprudencia del Tribunal. En esta investigación centramos nuestra atención en las tesis de la **tercera época**, lo que no obsta para que exponamos los rasgos medulares de cada una.

Conviene ahora preguntarse sobre la utilidad de los criterios para establecer las épocas de la jurisprudencia, comentando el modo en que han sido aplicados en los hechos en el TCADF. Partamos de la aplicación estricta del criterio temporal. Si se atiende al criterio de difusión de las tesis jurisprudenciales correspondiente al tiempo de la vigencia de las leyes que han regido al Tribunal, se obtendrían solamente tres épocas y no cuatro. Efectivamente, la primera ley que rigió al TCADF estuvo vigente del año de 1971 al año de 1995. La segunda ley fue vigente del año de 1996 al año de 2009 (septiembre). Finalmente, la tercera ley inició su vigencia el día 11 de septiembre de 2009, siendo la que actualmente disciplina la vida institucional del Tribunal. Este criterio, empero, omite la trascendente reforma a la primera ley del TCADF ocurrida en el año de 1986 por virtud de la cual surgió la Sala Superior, asumiendo ésta plenamente la competencia jurisprudencial y convirtiéndose en la instancia de apelación. Este hecho relevante marcó el inicio de la segunda época y no puede ser soslayado, por lo que el criterio temporal, aplicado estrictamente, resulta ineficaz. Asimismo, el criterio

Para la fijación de un nuevo criterio jurisprudencial obligatorio será necesario que se reúnan los requisitos señalados en los artículos 88 y 89, en su caso.

Para la modificación de la jurisprudencia se observarán las mismas reglas establecidas por esta ley para su formación.

...

Artículo 92. Para modificar la jurisprudencia será necesaria la presencia de cuando menos las dos terceras partes de los integrantes del Tribunal, y el voto de mayoría de dos terceras partes de los presentes. Cuando no se logre dicha mayoría en dos sesiones consecutivas, se tendrá por desechado el proyecto y el presidente del Tribunal designará un magistrado, distinto del ponente, para que formule nuevo proyecto dentro del plazo que señala esta ley.

Artículo 93.- Los magistrados, las autoridades o cualquier particular podrán dirigirse al Tribunal en pleno denunciando la contradicción entre las resoluciones sustentadas por las salas. Al recibir la denuncia, el presidente del Tribunal designará por turno a un magistrado para que formule la ponencia respectiva a fin de decidir si efectivamente existe la contradicción y cuál debe ser el criterio que como jurisprudencia adopte el pleno.”

temporal, vinculado al inicio y fin de la vigencia de una determinada ley, omitiría considerar que pueden existir tesis jurisprudenciales publicadas con posterioridad al término de la vigencia de la ley correspondiente, tal y como ocurrió con las tesis 84 a 88 de la tercera época. Es claro que el término de la vigencia de la ley que interpretan dichas tesis no constituye un hecho jurídicamente relevante que las prive de fuerza obligatoria, siempre que se esté ante casos que ameriten su aplicación a hechos análogos.

Para conocer cuáles son los criterios que se han seguido para distinguir cada época no basta con delimitar un solo aspecto institucional (en el caso, la publicación de una nueva ley). En la praxis del Tribunal, se han observado dos: la publicación de una nueva ley, por un lado, y la existencia de reformas que han afectado sustancialmente la competencia jurisprudencial, por otro lado. Esta combinación de criterios es acertada y refleja fielmente el espíritu de cada una de las épocas de la jurisprudencia del TCADF. En el fondo, lo que interesa al jurista es identificar y delimitar el entramado de facultades para crear, publicar y hacer obligatoria la jurisprudencia que ha difundido y difunde el Tribunal. Como ocurrió durante la vigencia de la primera ley, una reforma sustancial de las reglas que norman las atribuciones jurisprudenciales puede iniciar una nueva época.

En suma, si se atiende únicamente al criterio consistente en que, para fijar cada época de la jurisprudencia, han de observarse las fechas de inicio y término de la vigencia de las leyes que han regido al Tribunal, el investigador debe considerar lo siguiente: a) que la publicación de las tesis jurisprudenciales de una nueva época nunca coincide, evidentemente, con el inicio de la vigencia de una nueva ley; b) que la publicación de tesis jurisprudenciales puede ocurrir una vez que ha perdido vigencia la ley interpretada por dichas tesis; c) que la publicación de reformas que alteren la competencia jurisprudencial del Tribunal puede imponer el inicio de una nueva época, sin que sea menester un cambio de ley.

El Título Segundo, Capítulo XIV de la Ley del TCADF vigente consagra las reglas para fijar y modificar la jurisprudencia que emita el Tribunal, así como para resolver las denuncias de contradicción de criterios observables en las resoluciones de las Salas y la Sala Superior. Dichas reglas se resumen así:

- Sólo la Sala Superior tiene atribuciones para fijar la jurisprudencia del Tribunal. Los sistemas reconocidos para crear jurisprudencia son dos: 1) Por **reiteración**; y 2) por **unificación**, esto es, la resultante de solucionar una contradicción de tesis. Para que exista jurisprudencia por reiteración se requiere de **tres** precedentes aprobados por el voto de al menos cuatro de los siete Magistrados que integran la Sala Superior. La Ley vigente hasta el año de dos mil nueve establecía, en su artículo 89, que se requerían cinco precedentes aprobados por al menos cinco Magistrados para que se fijara jurisprudencia por reiteración. La Ley publicada en dos mil nueve supera estos requisitos al disminuir el número de precedentes y el de los votos para constituir

jurisprudencia. Con ello, se favorece la creación de tesis jurisprudenciales por reiteración, ya que se requiere menos tiempo para reunir tres precedentes inatacables que cinco.⁶¹ Conviene apuntar que, en el artículo 145 de la Ley se impone a las Salas del Tribunal el deber de conocer y aplicar la jurisprudencia de la Sala Superior. Este deber no existía en la Ley anterior y, en nuestro concepto, resulta superfluo. En efecto, el deber de obedecer la jurisprudencia de la Sala Superior se deriva del hecho de que es el órgano jurisdiccional de máxima jerarquía del TCADF, además del único con facultades para establecerla. En el mismo tenor, resulta innecesario señalar, como se hace en el artículo indicado, que en caso de conflicto deberán prevalecer las tesis emitidas por tribunales federales.

- No puede escapar a nuestra atención el hecho de que, en el artículo 141 de la Ley vigente, se dice textualmente: “Las tesis sustentadas en las sentencias pronunciadas por la Sala Superior, aprobadas por lo menos por cuatro Magistrados, constituirán *precedente*” (itálicas nuestras). Existe una ambigüedad en la palabra “precedente”, tal y como se emplea en el contexto del artículo citado. En efecto, a diferencia del artículo 89 de la Ley anterior, no se distingue en la actual entre “jurisprudencia” y “precedente”. De hecho, estos términos parecen usarse indistintamente, como acontece al comparar el artículo 141 con el 143. En este último se afirma que constituirá *jurisprudencia* la resolución que emita la Sala Superior superando una contradicción de criterios. En otro artículo, el 142, se afirma que para fijar *jurisprudencia* por reiteración se requerirá de tres “precedentes”. Por tanto, efectuando una interpretación sistemática de los artículos que componen el capítulo relativo a la jurisprudencia, consideramos que el legislador quiso expresar, en el artículo 141, que constituirán **jurisprudencia** las tesis aprobadas por un mínimo de cuatro Magistrados apoyadas en tres *precedentes* fallados en un mismo sentido y que no hayan sido interrumpidos.
- Los Magistrados del Tribunal, las autoridades o las partes que intervinieron en los juicios resueltos con criterios opuestos podrán solicitar a la Sala Superior, a través de su Presidente, que se pronuncie en torno a la existencia de una contradicción de tesis. La Sala Superior resolverá respecto a la existencia o inexistencia de la contradicción y, en su caso, establecerá el criterio obligatorio. La decisión deberá ser adoptada con un

⁶¹ Celebramos que la Ley aprobada en dos mil nueve haya disminuido el número de votos requerido para fijar jurisprudencia así como el número de precedentes requeridos para establecerla. Si se considera que, en la práctica, un juicio de nulidad tarda en resolverse un promedio un año en sus dos instancias, y considerando que la sentencia de apelación puede ser impugnada vía amparo directo o revisión contencioso-administrativa (lo que podría aumentar un año más en caso de tramitarse), para que se cuente con una sentencia definitiva e inatacable que pueda servir como precedente podrían transcurrir cerca de dos años. Ello torna muy lenta la producción de jurisprudencia y favorece, en el ínterin, el cambio de criterios en tanto no se cuente con el número requerido de precedentes. Por ello, es razonable contar con sistemas paralelos al de la reiteración de criterios para fijar jurisprudencia.

quórum mínimo de cuatro Magistrados, quienes decidirán por mayoría el criterio que deba prevalecer. El criterio así establecido no afectará las sentencias dictadas con anterioridad. Así, en este caso bastará un solo precedente para establecer jurisprudencia. A manera de ilustración, en el periodo de 1997 a 2008 la Sala Superior publicó solamente dos tesis que resolvieron contradicciones de criterios. Esperamos que, bajo la vigencia de la cuarta época, se acuda con mayor frecuencia al sistema de unificación de criterios para generar jurisprudencia.

- La jurisprudencia puede ser interrumpida o modificada. El artículo 144 de la Ley Orgánica del Tribunal establece que bastará con *una sentencia* (o una resolución de una contradicción de sentencias) opuesta a una tesis jurisprudencial vigente para que ésta sea interrumpida o modificada. A diferencia de la Ley anterior, en cuyo artículo 90 se establecía una votación mínima de cinco Magistrados para modificar o interrumpir la jurisprudencia, en la nueva Ley no se fija un número mínimo de votos. El artículo 144 de la Ley vigente prevé, únicamente, la posibilidad de la interrupción o modificación, pero omite referirse al sistema de votación que deberá observarse. En suma, se desconoce un aspecto institucional relevante en la conformación de la jurisprudencia: la votación. Ahora bien, suponemos que, como en el caso de la jurisprudencia por reiteración, se requeriría del mismo número de votos (cuatro). De hecho, en el artículo 91 de la Ley anterior se especificaba que para la interrupción o modificación de una tesis jurisprudencial se deberían observar las mismas reglas que para su formación, lo que daba certeza sobre el procedimiento a seguir, notablemente en lo tocante al número de votos que deben concurrir para que una tesis sea superada. Sin embargo, debemos destacar que, en la Ley de dos mil nueve, basta con un solo precedente contrario a una tesis jurisprudencial para que ésta sea interrumpida o modificada. Ello sugiere un procedimiento expedito para el cambio de la jurisprudencia, pero calla respecto a las reglas que deben observarse para que se produzca tal cambio sin incurrir en la arbitrariedad.
- El artículo 144 de la Ley del Tribunal impone el deber de fundar la interrupción de la jurisprudencia. De hecho, en la argumentación jurídica se parte de que toda afirmación debe ser justificada. El abandono de una tesis o su modificación es razonable siempre y cuando quien lo asume cumpla con justificar apropiadamente su necesidad. Recordemos, al respecto, el principio de inercia de Chaim Perelman, el cual sugirió a Robert Alexy la *regla de la carga de la argumentación*: puede modificarse un precedente si se aducen razones suficientes para ello.⁶² Al respecto, convendría preguntarse si, con la publicación de la Ley de dos mil nueve, la Sala Superior debería pronunciarse respecto a la interrupción de numerosas tesis jurisprudenciales aprobadas

⁶² Vale recordar aquí las dos reglas vinculadas con el uso de los precedentes según Alexy, tal y como él las formula: “(J. 13) Cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión debe hacerse. (J. 14) Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación.” ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 265.

en la Tercera Época, por ejemplo, la número 59, relacionada con el interés legítimo y la impugnación de multas.

- Para formalizar su obligatoriedad, las tesis jurisprudenciales por reiteración o aquéllas que hayan sido modificadas o interrumpidas deben publicarse. A diferencia de la Ley anterior, la actual no precisa el medio de difusión en el que deberán aparecer. En el caso, se trata de la GODF. Interesa destacar, también, que juzgamos sumamente desacertado haber eliminado, en la nueva Ley, la referencia a los “precedentes relevantes” de la Sala Superior. En el artículo 94 de la Ley del TCADF se preveía la publicación de precedentes juzgados importantes por la Sala Superior, pero que aún no alcanzaran el estatuto de tesis jurisprudenciales (lo que se conoce como “criterios relevantes del Pleno” al interior del Tribunal). Si bien disminuyó el número de precedentes necesario para formar jurisprudencia, el hecho es que debe esperarse no menos de un año para reunirlos. Por tanto, consideramos indispensable que, a la par del sistema por reiteración y unificación de criterios, *exista la posibilidad de apelar a precedentes relevantes* (también llamados, en la jerga usual de la Sala Superior del Tribunal, “criterios del Pleno”), a fin de que orienten la decisión de la Sala Superior *en tanto se integra jurisprudencia sobre un tema*. De esta manera se formalizarían las compilaciones que, de manera empírica y cambiante, suelen utilizar los secretarios de estudio y cuenta de la Sala Superior para darle seguimiento a los criterios del Pleno de la Sala Superior.

A continuación, examinamos con mayor detalle las características de cada una de las épocas de la jurisprudencia.

1.1 La primera época

En la **primera época** el Pleno del Tribunal publicó 13 tesis y las Salas 9.⁶³ Sobre esta primera fase de producción comenta Jesús Araujo, ex secretario de compilación y difusión del Tribunal, lo siguiente:

La Ley del 17 de marzo de 1971...previó en su artículo 19 como atribución del Tribunal en Pleno la de ‘decidir sobre las contradicciones que surgieran entre las resoluciones de

⁶³ Sustentamos nuestro análisis en la edición difundida por dicha Secretaría General intitulada “Jurisprudencia y precedentes” y editada por el propio Tribunal (sin fecha de edición). El libro está disponible en la biblioteca de la institución y compila todas las tesis y precedentes relevantes de las dos primeras épocas. En lo sucesivo, toda cita a la jurisprudencia y precedentes de dichas épocas ha sido extraída de dicha edición, también disponible en la página oficial de la institución en la Internet: <http://www.tcadf.gob.mx>

las Salas'. Únicamente las decisiones que adoptara en estos casos tendrían fuerza jurisprudencial...

Por su parte, el artículo 83 preveía que las sentencias de las Salas del Tribunal constituirían jurisprudencia que sería obligatoria para éstas siempre que lo resuelto en ellas se sustentara en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y que hubieran sido aprobadas por unanimidad de votos por los Magistrados que las componían. Asimismo, contempló el sistema para interrumpir dicha jurisprudencia dejando de tener carácter obligatorio; observando las mismas reglas legales para su modificación que para su formación.

La reforma de la Ley del 4 de enero de 1973 introdujo una adición que llenó la laguna observada al incorporar el artículo 83 bis, con el que le dio competencia al Pleno del Tribunal para que al funcionar de esa manera y aprobar sus resoluciones constituyera jurisprudencia obligatoria para él y para las Salas que lo integraban, cuando lo resuelto en ellas se sustentara en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario que hubieren sido aprobadas por lo menos por 7 Magistrados...

A pesar de esta reforma las Salas ordinarias conservaron su facultad para constituir jurisprudencia. Durante el periodo que cubre los años de 1972 a 1976, con estos fundamentos el Pleno produjo 13 jurisprudencias, y las Salas de primer grado crearon 9 jurisprudencias; por cuanto a los precedentes se refiere sólo se formularon 2 por el Pleno...

La segunda reforma de la Ley del 3 de enero de 1979 ordenó con mejor técnica legislativa los artículos que normaban las facultades del Pleno y de las Salas para generar jurisprudencia, se reiteró la forma como perdería tal carácter y precisó los requisitos para modificarla, es decir, en ocho artículos se sistematizó la forma de constituir, modificar o derogar su jurisprudencia. (ARAUJO, s.f., 5-6)

Al examinar en lo general las tesis jurisprudenciales aprobadas tanto por el Pleno como por las Salas que integraban el Tribunal en los años de 1971 a 1986, se observa lo siguiente:

- La tesis número uno aprobada por las Salas fue la relativa a la falta de contestación de las solicitudes formuladas por los ciudadanos de la capital a sus autoridades. De hecho, en esta época se emitieron tres tesis relacionadas con la falta de contestación a las peticiones de los administrados (la uno, la cuatro y la cinco). Es importante notar que el TCADF fue creado con la misión de hacer valer los derechos de los ciudadanos de la

ciudad de México. Hasta hoy, una de las violaciones constantes a dichos derechos ha sido la falta de respuesta a los ciudadanos. Así, las tesis comentadas son representativas de la función tutelar de la legalidad que ha llenado el Tribunal desde su creación.

- Igualmente relevante para esta investigación es la primera tesis del Pleno del Tribunal, relacionada con la solución de las contradicciones de tesis emitidas por las Salas ordinarias. En efecto, en dicha tesis se precisa que el Pleno sólo tenía competencia para dirimir las contradicciones de tesis fijadas por las Salas del Tribunal, no así para resolver las vinculadas con precedentes de una misma Sala. En todo caso, esta tesis marca el primer paso en la búsqueda de una jurisprudencia uniforme, lo que finalmente sería alcanzado con la aparición de la Sala Superior en 1986.
- La jurisprudencia número ocho emitida por las Salas se refiere a que el entonces Jefe del Departamento del Distrito Federal sería parte en todos los juicios de nulidad, aún cuando no hubiese sido señalado en la demanda o, incluso, no hubiese emitido el acto impugnado. Esta tesis tiene, en nuestro concepto, un efecto político. Por primera vez se obliga a dicho funcionario a justificar los actos de sus subordinados ante una jurisdicción administrativa autónoma.
- Desde el origen del Tribunal se planteó si sus sentencias suponían que éste adoptaba, de hecho, las facultades propias de las autoridades administrativas. Ello, porque al darle ciertos efectos a dichas sentencias se pensó que se invadían las atribuciones de dichas autoridades. Al respecto de este problema, la jurisprudencia diez del Pleno determinó: “No existe sustitución en las facultades que corresponden a las autoridades administrativas, cuando las Salas ajustándose a los preceptos legales que señalan la forma de pronunciar sus resoluciones, condenan a contestar congruentemente en un plazo determinado una petición de los particulares, a fin de que se defina y resuelva la situación jurídica planteada, pues ello no implica fijar el sentido de la contestación.” En otros términos, el que el Tribunal ordene a la autoridad contestar en un plazo determinado no supone que imponga hacerlo en un sentido determinado, tan sólo hace prevalecer el derecho de petición y brinda certeza jurídica al particular.

La interpretación de los alcances de las sentencias del Tribunal ha suscitado, desde siempre, una gran controversia. ¿Cómo equilibrar la función de control de legalidad de los actos administrativos con el respeto a la separación de funciones? En otros términos, ¿cómo imprimirle efectos a las sentencias que declaren la nulidad de dichos actos sin sustituir a las autoridades responsables en sus atribuciones discrecionales? En la jurisprudencia número treinta y uno del año dos mil cinco que enseguida se transcribe, se describen las variantes que pueden adoptar las sentencias que emita el Tribunal cuando advierta que se han violentado los derechos de los gobernados:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXII, Octubre de 2005

Tesis: I.7o.A. J/31

Página: 2212

NULIDAD. REGLAS PARA SU DETERMINACIÓN EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL DISTRITO FEDERAL.

Los artículos 80 a 82 de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, no prevén textualmente las figuras jurídicas de "nulidad lisa y llana" o "nulidad para efectos", limitándose a precisar que dicho Tribunal podrá decretar la nulidad de los actos impugnados, y que sus sentencias habrán de ejecutarse en los términos que dispongan éstas. A efecto de determinar si la nulidad decretada por las Salas de dicho órgano contencioso administrativo debe ser lisa y llana, o en su defecto, para efectos, deberá estarse a los criterios jurisprudenciales en la materia, así como a los principios que rigen el derecho administrativo. Se decretará la nulidad lisa y llana cuando el acto impugnado adolezca de vicios ostensibles y particularmente graves, que bajo ninguna forma pueden ser convalidados; el resultado jurídico de este tipo de nulidad implica la existencia de cosa juzgada, por lo que la autoridad demandada no podrá emitir una nueva resolución en el mismo sentido; por ejemplo, la incompetencia del servidor público que emitió el acto impugnado, y por regla general, en los asuntos en que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal estudie el fondo del asunto, determinando que la conducta del particular está justificada por alguna norma de carácter general, o que los hechos que generaron el acto administrativo o fiscal no encuadran en el supuesto normativo invocado por la demandada. Por otra parte, la nulidad para efectos procede en los casos en que el acto impugnado contenga vicios subsanables, o que los mismos se encuentren en el procedimiento que le dio origen, lo que doctrinalmente se conoce como vicios de nulidad relativa; la consecuencia jurídica de dicha determinación obliga a la autoridad a subsanar tales ilicitudes, ya sea reponiendo el procedimiento o dictando una nueva determinación; de manera ejemplificativa, y no restrictiva, se pueden citar defectos u omisiones en el llamamiento al procedimiento administrativo (emplazamiento); no brindar oportunidad de probar y alegar; indebida fundamentación y motivación; y el no constreñimiento de la resolución a la cuestión debatida, que se forma con la pretensión del Estado y las defensas del particular, como sería la falta o indebida valoración de pruebas.

Una consecuencia de la plena jurisdicción, principio clave en materia contencioso-administrativa, es la facultad de imprimirle efectos a las sentencias de nulidad a efecto de constreñir a las autoridades responsables a realizar ciertas conductas. En la Ley original, el artículo 1 planteaba la *plena autonomía*, pero tal designación suscitó interpretaciones ambigüas acerca del alcance que podían tener las sentencias del Tribunal. Desde el punto de

vista de las autoridades, dicho principio no incluía el constreñirlas a adoptar determinadas conductas para cumplir las sentencias, ya que ello suponía una “invasión de atribuciones”. Sin embargo, tal no fue el fin perseguido por el legislador al instaurar la plena autonomía, primero, y la plena jurisdicción, después. Si las sentencias no precisan sus efectos, ¿cómo pueden cumplirse? Recuérdese que el artículo 17 de la Constitución federal impone que la justicia sea completa. En la mayoría de los casos este objetivo no se alcanzaría si las sentencias del Tribunal se limitaran a emitir una lacónica declaración de nulidad.

Con mejor técnica, la reforma publicada en enero de 1979 introdujo cuatro hipótesis en las que puede sustentarse la declaración de nulidad del acto administrativo: 1) incompetencia de la autoridad; 2) incumplimiento y omisión de las formalidades legales; 3) violación de la ley o falta de aplicación de la debida; 4) arbitrariedad, desproporción, desigualdad, injusticia manifiesta “o cualquiera otra causa similar” (artículo 22 de la ley reformada y 81 de la ley vigente). Las tres primeras razones son formales y apelan al principio de legalidad y su debido cumplimiento. La última refiere el principio de justicia, acentuando la idea de proporcionalidad. En ocasiones se considera que los Tribunales de lo contencioso-administrativo se consagran a efectuar meros controles de legalidad, esto es, que son “Tribunales de legalidad”. Empero, la existencia de hipótesis de nulidad basadas en la idea de justicia prueban que dichos Tribunales rebasan el control de legalidad estándar, ya que pueden efectuar ponderaciones sustentadas en los principios generales del derecho.

1.2 La segunda época

La **segunda época** de la jurisprudencia transcurrió del año de 1986 al de 1995. En ella se publicaron 26 tesis jurisprudenciales. Esta época se inició con la tercera reforma a la Ley del Tribunal, publicada el día 16 de junio de 1986. El cambio más notable fue la creación de la Sala Superior, órgano que sustituyó al Pleno de Magistrados de las Salas y creó una instancia de apelación. Al ser la Sala Superior la única que puede fijar jurisprudencia se persigue unificar los criterios de decisión del TCADF, ideal que ya estaba presente en la tesis número uno del Pleno, perteneciente a la primera época.

El análisis de las tesis de la segunda época revela las siguientes características notables:

- La primera tesis publicada en la segunda época fue la relativa a la fundamentación y motivación de los actos administrativos. Aquí se está, nuevamente, ante una tesis representativa de la función del Tribunal: la de controlar la legalidad y validez de los actos administrativos. Esta ha sido la tesis más invocada en las sentencias del Tribunal desde su publicación.

- En la primera época puede constatarse la oscilación entre tesis que, por su materia, pueden designarse “sustantivas” ante tesis “procedimentales”. En la segunda época persiste esta peculiaridad. Las tesis “sustantivas” versan sobre la definición de conceptos jurídicos relacionados con la Ley, como el interés legítimo o la fundamentación y motivación del acto administrativo. Las “procedimentales” se ocupan, en la segunda época, de las características del procedimiento seguido en el juicio de nulidad, pero también en la instancia de apelación al resolver el recurso del mismo nombre. En este último caso encontramos tesis relacionadas con la calificación jurídica de los agravios expuestos en los recursos de apelación (designados “insuficientes” o “desestimables” según la jurisprudencia de la Sala Superior).
- Llama la atención la tesis número once, en la que se determina que el Tribunal puede invocar, aún de oficio, la jurisprudencia emitida por los Tribunales de la Federación. Ello recuerda lo dispuesto por los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, así como el principio de *iura novit curia* (el Tribunal conoce el derecho positivo). A mediados de los ochenta, recién integrada la Sala Superior, el Tribunal no contaba con un número suficiente de tesis propias para resolver la mayor parte de las cuestiones tratadas. En este contexto emerge la cuestión relativa a la cita oficiosa de la jurisprudencia federal.

No olvidemos que las Salas ya habían perdido la facultad de emitir su propia jurisprudencia. Ante tal circunstancia, y siendo que aún no existía un número suficiente de tesis de la Sala Superior, ¿podían invocarse las tesis de la primera época? Creemos que no. En todo caso, las Salas sí podían –y así actuaron- fundar sus sentencias en las tesis del PJF. Si bien parecía un problema de obvia resolución, considerando lo ordenado por la Constitución y la Ley de Amparo, las autoridades impugnaron la invocación de la jurisprudencia federal por parte de las Salas ordinarias, aseverando que suplían excesivamente la demanda y variaban la litis. Las autoridades confundieron los deberes de conocer y aplicar la jurisprudencia federal con la suplencia de la demanda y la variación de la litis.

Trasladado el problema antes descrito al marco de la Ley vigente, un efecto interesante de esta interpretación es que, en ocasiones, la aplicación de la jurisprudencia federal puede conducir a un empleo generoso de la suplencia de la demanda. Así ocurre, por ejemplo, en la tesis siguiente:

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XXI, enero de 2005

Tesis: 2ª./J. 201/2004

Página: 543.

NULIDAD. LAS SALAS DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA ESTAN FACULTADAS PARA ANALIZAR DE OFICIO NO SOLO LA INCOMPETENCIA DE LA AUTORIDAD QUE EMITIO LA RESOLUCION IMPUGNADA, SINO TAMBIEN LA DE QUIEN ORDENO O TRAMITO EL PROCEDIMIENTO DEL CUAL DERIVO ESTA. De la interpretación armónica y relacionada del artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, se concluye que las Salas del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa están facultadas para analizar oficiosamente la incompetencia tanto de la autoridad que emitió la resolución impugnada en juicio, como de la que ordenó o tramitó el procedimiento relativo del cual deriva aquélla. Ello es así, porque la competencia de las autoridades es una cuestión de orden público, como lo establece el penúltimo párrafo del referido precepto, por lo cual no sería factible que de una interpretación estricta y literal se sostuviera que los mencionados órganos sólo están facultados para analizar de oficio la incompetencia de la autoridad emisora de la resolución impugnada, pues en el supuesto de carecer de competencia legal el funcionario que ordenó o tramitó el procedimiento relativo del cual derivó la resolución definitiva, ésta estaría afectada desde su origen y, por ende, sería ilegal, al incidir el vicio de incompetencia directamente en la resolución emanada de un procedimiento seguido por autoridad incompetente. Esto es, admitir una postura contraria y sostener que las mencionadas Salas sólo están facultadas para analizar oficiosamente la incompetencia de la autoridad emisora propiciaría la subsistencia de resoluciones que derivan de un procedimiento viciado en virtud de haberlo iniciado o instruido una autoridad sin competencia legal.

Contradicción de tesis 184/2004-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero y Segundo, ambos en Materia Administrativa del Tercer Circuito. 1 de diciembre de 2004. Cinco votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Marcia Nava Aguilar.

Esta tesis federal, aplicada análogamente al procedimiento seguido ante el Tribunal, obliga a éste a estudiar de oficio la incompetencia de las autoridades administrativas, esto es, aún cuando no se haya planteado en la demanda de nulidad. En este caso sí hay una relación directa entre la aplicación de oficio de la jurisprudencia y la suplencia de la demanda.

- Encontramos en la segunda época las primeras tesis en materia fiscal. Si bien, desde 1979, el Tribunal contaba con competencia para conocer de juicios en contra de resoluciones fiscales, fue a partir de 1986 –sorprendentemente– que se emitieron las primeras tesis relacionadas con esta materia. Estas se vinculan con el impuesto predial, el problema relativo a si los denominados por la autoridad fiscal “recibos consolidados” son o no resoluciones definitivas y, también, la cuestión de la exención

fiscal de los órganos descentralizados del Estado, particularmente las universidades públicas.

1.3 La tercera época

La **tercera época** de la jurisprudencia se inició con la publicación de la segunda Ley del Tribunal en la GODF el día 21 de diciembre de 1995. Esta Ley entró en vigor el uno de enero de 1996 y terminó su vigencia el día diez de septiembre de dos mil nueve, cuando se publicó la tercera Ley del TCADF, la cual entró en vigor al día hábil siguiente. Esta ha sido la época más productiva en toda la historia del Tribunal. Entre el mes de diciembre de 1997 y el mes de abril de dos mil diez se publicaron 88 tesis jurisprudenciales pertenecientes a la tercera época.⁶⁴

El periodo en el que se difundió el mayor número de tesis fue el que transcurrió del año de 2004 al de 2007. El número y tipo de temas examinados ha aumentado considerablemente y nos impone una clasificación mínima. Proponemos las categorías siguientes: a) De *procedimiento*, b) relacionadas con *la competencia* del Tribunal, c) sobre la *ponderación y fundamentación* de argumentos, d) específicas en materia *administrativa*, e) específicas en materia *fiscal*.

a) De procedimiento

- Sobre la presentación de la demanda de nulidad ante un Tribunal incompetente, hecho que no interrumpe el plazo para hacerlo ante el TCADF (tesis 26). Con esta tesis, se han logrado desechar todos los asuntos que, erróneamente, fueron presentados ante el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje o el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, siendo éstos los más comunes.
- Sobre la competencia (o incompetencia) del Tribunal para conocer de diversas materias. En este rubro, cabe destacar la tesis 8, en donde la Sala Superior

⁶⁴ El hecho de que algunas tesis jurisprudenciales de la tercera época hayan sido publicadas cuando estaba vigente ya la nueva Ley Orgánica del Tribunal obedece al tiempo que tomó el área de Compilación y Difusión en reunir los precedentes, preparar los proyectos de las últimas tesis jurisprudenciales y garantizar que los precedentes que integran las últimas tesis de esta época fueran inatacables jurídicamente, además de los trámites encaminados a su publicación oficial.

discurrió en torno al problema de si, por el mero hecho de invocar artículos de la Constitución federal para fundar las sentencias, se efectúa un control de la constitucionalidad de los actos administrativos. Es sabido por los juristas que el control constitucional se encuentra concentrado en los Tribunales federales. Sin embargo, cuando el Tribunal cita preceptos constitucionales –comúnmente, los artículos 14 y 16- para fundar sus sentencias, no lo hace con la pretensión de sustituir a la jurisdicción federal. Antes bien, puesto que todos los jueces y Tribunales están sometidos a la Constitución federal, los principios que de ella emanan orientan las decisiones jurídicas. Por ende, la justificación de las sentencias basándose en principios y reglas constitucionales no entraña una violación a la división de poderes.⁶⁵

Por otra parte, se ha declarado incompetente el Tribunal para conocer de actos emitidos por autoridades fiscales del Distrito Federal en cumplimiento de los convenios de coordinación con autoridades federales (tesis 50). En cambio, es competente para conocer de las resoluciones fiscales en las que se determine el pago de contribuciones causadas por instituciones que posean bienes del dominio público (tesis 52).

- Sobre la improcedencia y el sobreseimiento del juicio. Las tesis centrales en este rubro son las números 17 y 22. La primera impone a la Sala Superior pronunciarse sobre la improcedencia del juicio aún cuando no se haya planteado en el recurso de apelación. Ello, porque se estima que el Tribunal no debe pronunciarse sobre un asunto cuando la ley lo prohíbe. La segunda asevera que el sobreseimiento del juicio cierra jurídicamente la posibilidad de que el Tribunal estudie los argumentos del demandante. Por otro lado, la tesis 48 afirma que si se hacen valer argumentos para probar la validez de una resolución como razones para lograr el sobreseimiento del juicio, dichos argumentos se desestimarán. Esta tesis impide que, bajo la cubierta de la improcedencia del juicio, las autoridades logren que el Tribunal no examine la posible ilegalidad de su actuación. Un ejemplo común de esto es cuando se lee en las contestaciones de demanda, concretamente en los apartados dedicados a

⁶⁵ La redacción de la tesis comentada resulta ambigua ya que, literalmente aduce: “...este órgano jurisdiccional, *por la naturaleza de su función*, puede conocer de violaciones constitucionales para determinar la legalidad o ilegalidad del acto o resolución impugnado.” (itálicas nuestras) ¿Cuál es dicha “naturaleza”? Si se recuerda que el Tribunal nació como un órgano controlador de la legalidad de los actos de la administración pública del Distrito Federal, escapa a sus atribuciones el pronunciarse acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dichos actos, así como de las leyes en las cuales se apoyen. Sin embargo, ello no entraña la prohibición de aplicar las disposiciones de la Constitución federal como fundamento primario de nuestro orden normativo, en particular, los artículos 14 y 16 constitucionales, en lo tocante a la garantía de audiencia, las formalidades esenciales del procedimiento y el principio de legalidad.

la improcedencia del juicio, que éste debe sobreseerse porque la resolución fue emitida conforme a derecho. Tal aseveración constituye, lógicamente, una petición de principio. En efecto, para probar que un acto administrativo es legal se requiere analizar sus fundamentos y motivos, lo que sólo puede hacerse al pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Por otra parte, el juicio se sobreseerá en relación al Jefe de Gobierno del Distrito Federal cuando no conste su participación y, por extensión, también en el caso de las demás autoridades que se encuentren en idéntico caso (tesis 5). En contraste, figuran una serie de tesis que establecen la prohibición de sobreseer el juicio cuando: ya se celebró la audiencia de ley (tesis 44); cuando se impugne una infracción de tránsito en la que siempre será autoridad demandada el Secretario de Seguridad Pública del Distrito Federal (tesis 27); en relación a los Delegados del Distrito Federal, aún cuando no hayan intervenido en el procedimiento (tesis 49). Como se señaló, la tesis 5 ordena sobreseer el juicio cuando no conste en el expediente que una autoridad haya intervenido en el procedimiento o en la resolución administrativos. Sin embargo, la tesis 49 sostiene que los Delegados del Distrito Federal siempre serán parte en el juicio y, por tanto, no se sobreseerá éste en relación a aquéllos, por el mero hecho de que las resoluciones delegacionales “corresponden a la esfera directa de su competencia”. Juzgamos débil esta razón que intenta justificar un caso de excepción en relación a lo sostenido en la tesis número cinco, la cual construye una regla general de sobreseimiento del juicio.

- Sobre la procedencia del juicio en casos particulares: en contra de resoluciones dictadas en cumplimiento a las sentencias del TCADF (tesis 43); en contra de multas administrativas, aún cuando la persona física o moral no acredite ser la titular de un permiso, autorización, concesión, licencia, etcétera, que acredite su interés jurídico (tesis 59).
- Sobre el interés jurídico requerido en ciertas materias para promover el juicio de nulidad, concretamente en materia de anuncios espectaculares (tesis 83).
- Sobre la prueba de hechos jurídicamente relevantes. En este rubro podemos señalar que faltan muchos precedentes que aclaren las reglas genéricas de valoración de las pruebas. En la tercera época sólo se han fijado tesis acerca de la carga de la prueba en el caso de las órdenes verbales (el actor tendrá el deber de probar que existe una orden verbal cuando la autoridad lo niegue, lo que de hecho siempre ocurre, imponiéndose el ofrecimiento de testigos; véase la tesis 24); sobre el pago de las contribuciones (bastando exhibir el recibo oficial emitido por una caja de la Tesorería del Distrito Federal; tesis 29); sobre la prueba del momento en que se tuvo conocimiento o fue notificado el acto de

autoridad (tesis 38). En este rubro se siguen empleando las tesis federales para valorar pruebas como la testimonial (por ejemplo, el testigo único); la pericial y la presuncional, entre las más notables. De hecho, la Ley vigente carece de un capítulo específico sobre las reglas de valoración de las pruebas.

- Sobre la suplencia de la demanda: la suplencia prevista en el artículo 79 de la Ley del TCADF no debe interpretarse en un sentido amplísimo, esto es, que el Tribunal debe resolver con base en argumentos que no se desprenden, en lo absoluto, de la demanda inicial (tesis 31).
- Sobre la reposición del procedimiento para emplazar al tercero perjudicado (tesis 20), a la autoridad que haya ordenado u ejecutado el acto de autoridad (tesis 9) o para requerir a una de las partes o a ambas la exhibición de las pruebas que hayan ofrecido (tesis 62).
- Sobre cómo calificar legalmente los agravios planteados en los recursos de apelación. Aquí se observa una serie amplia de tesis que ha favorecido, en nuestro criterio, la solución rápida y eficaz de múltiples recursos de apelación. La tesis uno de la tercera época introduce el concepto de *desestimación* de los agravios, definido como el caso en el cual la parte apelante plantea argumentos no relacionados con lo expuesto en la sentencia que se recurre. Por tanto, la Sala Superior no tiene la posibilidad material de ponderar en qué medida se ha producido un agravio. Asimismo, la tesis 33 define un agravio como *inoperante* cuando la jurisprudencia, sea la del propio Tribunal o la federal, ya han resuelto la cuestión planteada. Por tanto, resulta inútil volver a estudiar el fondo de los argumentos hechos valer. Este es uno de los múltiples casos en los que la jurisprudencia del Tribunal sigue, casi literalmente, la jurisprudencia federal de la Novena Época. En la diversa tesis 40 se insiste en la inoperancia de los agravios, cuando éstos se constriñan a decir que no fueron valoradas debidamente las pruebas, pero sin señalar porqué y con qué consecuencias.

Destaca, también, la tesis 14, en donde se considera que no son agravios los argumentos que repitan lo ya planteado en la demanda o en su contestación. Por otra parte, serán *infundados* los agravios que no demuestren que el acto administrativo cumplió con la debida fundamentación y motivación legales (tesis 19). Como puede apreciarse, en este rubro se han dispuesto múltiples dicotomías analíticas para clasificar los agravios, en un intento de cubrir todas las posibilidades: fundado-infundado; eficaz-ineficaz; operante-inoperante; desestimable-no desestimable, etcétera.

- Sobre el desechamiento del recurso de apelación por la Sala Superior cuando haya sido admitido por el Presidente del Tribunal siendo improcedente (tesis 63). También, en estrecha relación con los recursos de apelación, sobre la

legitimación de las autoridades demandadas o de sus autorizados para presentar dichos recursos (tesis 81).

b) Relacionadas con la competencia del Tribunal

- Sobre la facultad del Tribunal para invocar artículos de la Constitución federal. El Tribunal puede apoyar sus fallos en preceptos constitucionales para sustentar la declaración de nulidad del acto administrativo sin que ello entrañe un control de constitucionalidad (tesis 8). Debemos señalar que la redacción de la tesis, comenzando por su rubro, es deficiente, ya que induce a considerar que el Tribunal adopta facultades de control de constitucionalidad que no le competen.⁶⁶ Sin embargo, tal no es el sentido de la tesis aquí comentada.
- Sobre la incompetencia del Tribunal para conocer de juicios en contra de actos emitidos por autoridades locales en el ejercicio de facultades de coordinación fiscal (tesis 50). Empero, sí lo es para conocer de los juicios en contra de actos fiscales que determinen créditos relacionados con inmuebles del dominio público (véase la tesis 52, relacionada particularmente con los derechos de agua y el impuesto predial).

c) Vinculados con la ponderación y fundamentación de argumentos

⁶⁶ La redacción literal de la tesis es la siguiente :

“VIOLACIONES CONSTITUCIONALES. EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL ES COMPETENTE PARA CONOCER DE.- El Tribunal es competente para conocer de las violaciones constitucionales que se hayan cometido por las autoridades administrativas del Distrito Federal, cuando el actor demande la nulidad del acto o resolución de que se trate por incompetencia de la autoridad que lo emitió, incumplimiento u omisión de las formalidades legales, violación de la ley, o por no haberse aplicado la debida. Es decir, este órgano jurisdiccional, por la naturaleza de su función, puede conocer de violaciones constitucionales para determinar la legalidad o ilegalidad del acto o resolución impugnado.”

- Sobre el principio de economía procesal en tratándose del examen de las causales de anulación del acto administrativo. Para declarar la nulidad del acto administrativo es suficiente estudiar una causal de anulación y que ésta sea fundada (tesis 13).
- Sobre el empleo de tesis aisladas para sustentar los fallos. Para fundar una sentencia es factible invocar tesis aisladas emitidas por los Tribunales federales (tesis 37).
- Sobre el principio de litis abierta. Las Salas del Tribunal están obligadas a estudiar los argumentos jurídicos planteados tanto en la demanda de nulidad como en el recurso administrativo interpuesto por el actor ante la autoridad, atendiendo al principio de litis abierta (tesis 39). Ello, a efecto de garantizar el derecho de audiencia, sin que ello entrañe violación a los derechos de las autoridades, ya que éstas podrán conocer los argumentos planteados por los particulares al conocer sus demandas.
- Sobre el carácter unitario que guardan los argumentos vinculados con la causa de pedir en la demanda. La demanda de nulidad forma una unidad por lo que los argumentos jurídicos pueden estar planteados en cualquiera de sus partes y han de estudiarse sistemáticamente (tesis 56).

d) Tesis en materia administrativa

- Sobre la fundamentación y motivación de los actos administrativos. Los requisitos de legalidad deben constar en el mismo acto y, en su caso, especificar la fracción e inciso que correspondan (tesis 10 y 30, respectivamente); en tratándose de multas, no es necesaria su motivación (tesis 36).
- Sobre los servidores públicos en general. Aquí encontramos tesis sobre distintos problemas, destacando: supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Penales en los procedimientos de responsabilidad (tesis 18); la Dirección de Responsabilidades y Sanciones de la Contraloría General del Distrito Federal es competente para resolver y sancionar a funcionarios (tesis 12); es competente el Consejo de Honor y Justicia de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal para conocer de las faltas en que incurran los policías adscritos a dicha dependencia (tesis 34); no es competente el Contralor Interno de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal para delegar en sus subordinados sus atribuciones en materia de responsabilidades (tesis 35); los acuerdos y resoluciones del Consejo de Honor y Justicia de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal deben ser firmadas por todos sus miembros para ser legales (tesis 54); no opera la caducidad del procedimiento cuando no se emita la

resolución en el plazo de treinta días siguientes a la audiencia de ley (tesos 23); no es necesaria la presencia del policia interesado en la redacción del acta administrativa en la que se hagan constar presuntas infracciones cometidas por éste (tesis 57); será nula toda resolución en la que se sancione a un policia por causas diversas a aquéllas que dieron origen al procedimiento (tesis 53).

- Sobre las visitas de verificación. Debe precisarse la identidad del funcionario designado como verificador (tesis 6); la autoridad debe citar el nombre del visitado cuando lo conozca (tesis 60).
- Sobre la caducidad del procedimiento administrativo. Opera la caducidad si la resolución que se dicte en un procedimiento se emite fuera de los tres meses contados a partir de la última actuación en aquél (tesis 28).
- Sobre los actos intraprocesales y la oportunidad de su impugnación. Son impugnables los actos emitidos dentro de un procedimiento administrativo conjuntamente con la resolución definitiva que en ellos se dicte (tesis 32).
- Sobre el reclamo de pensiones (tesis 85, 87 y 88).

e) Tesis en materia fiscal

- Sobre las notificaciones personales. Se precisan aquí los requisitos que deben cumplirse cuando no está la persona buscada (tesis 58).
- Sobre las órdenes de visita domiciliaria. Deben precisar su objeto (tesis 3); no son genéricas si no precisan los documentos que deben exhibirse (tesis 45); son impugnables por sí mismas o conjuntamente con la resolución fiscal (tesis 11).
- Sobre el requerimiento de documentación. Son impugnables los oficios de requerimiento de documentación (tesis 41).
- Sobre las resoluciones afirmativas fictas. Se configura una resolución afirmativa ficta si la autoridad no prueba haber requerido, dentro del plazo de cuatro meses contados a partir de la petición del contribuyente, la documentación adicional necesaria para contestarle (tesis 61).

- Sobre el procedimiento administrativo de ejecución. Es nulo el mandamiento de ejecución emitido sin acreditar que, previo a dicho acto, fue notificada la resolución en la que se fijó el crédito fiscal adeudado por el contribuyente (tesis 51).
- Sobre las multas. El pago de una multa no entraña su consentimiento (tesis 25).
- Sobre el impuesto predial. Es nula la resolución fiscal que no precise la fuente de la que se obtuvo el valor catastral (tesis 47).
- Sobre los derechos de uso y suministro de agua. Cuando se calcule presuntivamente el consumo de agua ha de motivarse claramente cómo se efectuó dicho cálculo (tesis 42).
- Sobre la figura de la afirmativa ficta en materia de corrección de los datos de la cuenta predial (tesis 84).

Ante la reestructuración del Tribunal acaecida en 1986, conviene cuestionarse si la jurisprudencia de las épocas uno y dos perdió vigencia o no. Para tratar este problema, ha de distinguirse entre la jurisprudencia emitida por el Pleno y la fijada por las Salas del Tribunal. Puesto que la reforma de 1986 creó la Sala Superior, privando a las Salas ordinarias y auxiliares de la facultad de fijar jurisprudencia, se sigue que las tesis emitidas por aquéllas perdieron *ipso facto* vigencia, ya que no podían oponerse a las que estableciera, en lo futuro, dicha Sala Superior. En otros términos, la Sala Superior no podía plegarse a los criterios de una instancia inferior en jerarquía, lo que descarta la vigencia de las tesis que las Salas emitieron en la primera época, con independencia de la temática allí tratada.

Un problema diverso es el relativo a las tesis emanadas del Pleno del Tribunal en las dos primeras épocas. Podría sostenerse que dichas tesis, a semejanza de las normas jurídicas provenientes del legislador, mantienen su vigencia bajo la nueva Ley en tanto no se opongan a ésta. Como segunda premisa, complementaria de la anterior, podría afirmarse que al haber sido el Pleno del Tribunal una instancia equivalente en funciones a la Sala Superior (sobre todo tratándose de la competencia para fijar jurisprudencia), se sigue que las tesis aprobadas en las épocas anteriores preservan su vigencia ante la Ley nueva.

La Sala Superior nació como la instancia ante la cual se revisarían, en apelación, las sentencias pronunciadas por las Salas. A diferencia del Pleno del Tribunal en la primera Ley, la Sala Superior detenta facultades jurisdiccionales, ya que puede revocar las sentencias de las Salas, reasumir jurisdicción y emitir una nueva sentencia. Su competencia no se constriñe a decidir

asuntos administrativos propios a la organización interna del Tribunal (como la designación de su Presidente). Si bien tanto el Pleno del Tribunal como la Sala Superior poseen atribuciones jurisprudenciales, tal facultad no resulta suficiente para asumir que las tesis publicadas en las dos primeras épocas preservarían tácitamente su vigencia. Al modificarse sustancialmente la estructura interna del Tribunal, consideramos que ha de concluirse que la obligatoriedad de las tesis de las dos primeras épocas cesó, con independencia de si los criterios allí planteados evocaban la Ley vigente. Pese a estos razonamientos, ello no ha impedido que sigan invocándose, ocasionalmente, tesis de la segunda época durante la vigencia de la tercera, como la relativa a la posibilidad de impugnar boletas de agua.

1.4 La cuarta época

La cuarta época de la jurisprudencia del TCADF inició, formalmente, a partir del once de septiembre de dos mil nueve, precisamente cuando inició su vigencia la tercera Ley del Tribunal. Es importante resaltar que, conforme a la Ley Orgánica de dicho Tribunal en vigor, bastan tres precedentes emitidos en el mismo sentido y no interrumpidos por otro en contrario para fijar jurisprudencia. Recuérdese que, bajo la vigencia de las dos leyes anteriores, se exigía la existencia de cinco precedentes para establecer jurisprudencia por reiteración.

En el periodo que transcurrió del once de septiembre de dos mil nueve al ocho de diciembre de dos mil once fueron publicadas seis tesis. Las dos primeras versan sobre la materia de tránsito vehicular, una de las que más juicios de nulidad generan año tras año. En ellas el Tribunal reitera criterios sostenidos desde la primera época, a saber: las boletas de sanción deben cumplir con el principio de legalidad, incorporando siempre la firma autógrafa del funcionario competente. A diferencia del pasado, hoy se plantean problemas de prueba relativos al valor de la firma digital o electrónica. La tercera tesis plantea una solución a un tema controvertido: el Tribunal es competente para conocer de las resoluciones que emita la Contraloría General del Instituto Electoral del Distrito Federal en materia de responsabilidad de servidores públicos. Esta tesis resulta debatible, ya que no resulta comprensible cómo es que un órgano autónomo como el TCADF puede controlar los actos de otro órgano autónomo como el Instituto Electoral del Distrito Federal. El criterio que se sostiene en la tesis plantea que, por ser servidores públicos del Distrito Federal, los funcionarios sancionados por la Contraloría Interna del Instituto pueden acudir al Tribunal a interponer el juicio de nulidad, lo que equipara los actos de dicha Contraloría a los de las autoridades administrativas ordinarias.

La tesis número cuatro resuelve la primera contradicción de tesis planteada en la cuarta época, relativa al carácter de las llamadas “cartas invitación” emitidas por la Tesorería del Distrito Federal. Se concluye que no son resoluciones definitivas, por lo que el juicio de nulidad resulta improcedente en contra de ellas. La quinta tesis expone la incompetencia de las

Direcciones Territoriales adscritas a las delegaciones del Gobierno del Distrito Federal, afirmándose que su existencia debe preverse en la ley y no en un ordenamiento de inferior jerarquía (se trata de la segunda tesis adoptada por resolución de contradicción de criterios en la cuarta época). Finalmente, la sexta tesis resuelve un problema común: las boletas que emite el Sistema de Aguas de la Ciudad de México sí son actos susceptibles de impugnación a través del juicio de nulidad (a diferencia de las “cartas invitación” al pago de ciertos impuestos).

2. Delimitación del corpus, descripción de problemas y planteamiento de hipótesis

En el primer capítulo señalamos que nuestra investigación centraría el análisis del discurso en el examen de la jurisprudencia contencioso-administrativa del Distrito Federal. Esta jurisprudencia forma lo que hemos designado un *discurso-objeto* materia del análisis, del cual extraeremos inferencias útiles para ponderar los objetivos de esta investigación.

En esta investigación convenimos en construir una muestra de textos jurisprudenciales limitados a la tercera época (1997-2009). Cada caso de dicha muestra lo es una tesis jurisprudencial que será elegida conforme a los problemas que nos interesa elucidar, siendo éstos los siguientes:

- ¿De qué manera la jurisprudencia se sitúa, a sí misma, como fuente normativa? ¿Cómo se auto-delimita frente a la ley? Asimismo, ¿cuál es la interacción entre tesis y precedentes? ¿Puede observarse una oscilación entre la búsqueda de estabilidad (principio de inercia) y la necesidad del cambio de los precedentes?
- ¿Existe una conexión efectiva entre los principios de la teoría del discurso y los usos del discurso en sede jurisprudencial? En caso afirmativo, ¿se verificaría dicha conexión en una muestra de textos vinculados a la jurisprudencia contencioso-administrativa emitida por el TCADF?
- Si el discurso jurídico cobra vida a través de la argumentación, ¿cómo se emplean los tipos argumentativos más usuales en el discurso jurisprudencial del TCADF, en particular los argumentos *analógicos*?
- Atendiendo a la muestra de textos, ¿incorpora o no el juzgador normas jurídicas generales al sistema de fuentes del derecho positivo? Si esto ocurre así, ¿cómo se perfila, en la práctica, la figura del “juez-legislador” en sede contencioso-

administrativa? ¿Contribuye el juzgador a integrar eficaz y coherentemente el ordenamiento?

- ¿Qué grado de intertextualidad,⁶⁷ si existe, puede observarse entre los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación y los del TCADF en materias comparables? En otros términos, ¿dialogan entre sí las tesis federales y las locales?

En la tercera época de la jurisprudencia del TCADF se publicaron, en el periodo de 1997 a 2010, **88 tesis**, la mayoría siguiendo el sistema de la reiteración (sólo las tesis 78, 79 y 84 responden al sistema de la unificación de criterios). Resulta una tarea compleja procesar toda la información que puede desprenderse de cada uno. Cuando el análisis del discurso se sirve de programas de tratamiento informático de los datos, la investigación se facilita. Empero, en este caso no utilizaremos los programas informáticos empleados por algunos investigadores, ya que nuestros objetivos pueden satisfacerse, creemos, sin apelar forzosamente a tales instrumentos de procesamiento automatizado de los textos. Por tanto, y siguiendo un lineamiento clásico en el análisis del discurso, definimos el campo y tipo de problemas que nos interesa explicar, como los ya expuestos, y a partir de ellos formulamos hipótesis específicas. Seguidamente, examinamos una muestra de textos o *corpus* para, después, reconsiderar nuestras hipótesis a partir de los hallazgos realizados.

En análisis del discurso se parte de construir un *corpus*. El *corpus* constituye una muestra de textos que, atendiendo a ciertos objetivos de investigación, es descrito e interpretado. Dicho *corpus* debe ser representativo del conjunto de textos del que se extrae, pero también de los problemas que se impone considerar. La “representatividad” de un *corpus* y cuáles sean los criterios idóneos para alcanzarla constituyen un problema en sí mismo. La representatividad puede pensarse en términos estadísticos, efectuando distribuciones de cada uno de los tipos básicos que componen una población determinada. Una vez identificados, el investigador ha de elegir un tipo o categoría de cada clase para que figure dentro de una muestra. En nuestro caso, **no seguimos aquí pautas estadísticas** para construir una muestra representativa de textos jurisprudenciales.⁶⁸ Antes bien, estimamos que la muestra ha de constituirse con apoyo en el tipo de *problemas de investigación* que nos interesa elucidar, tal y como ha quedado señalado.

⁶⁷ En el capítulo primero examinamos lo que la doctrina especializada conoce como *principios teóricos del discurso escrito* (véase sección 3.3). Entre ellos figura, precisamente, el de *intertextualidad*. En términos de dicho principio, se sostiene que todo texto puede ser puesto en interacción con otros para, de esta suerte, captar su significado.

⁶⁸ Una futura investigación podría emplear la estadística descriptiva para evaluar las tesis jurisprudenciales, apoyándose en programas informáticos que favorecieran la explotación automatizada de los textos.

Uno de los fines del análisis de una muestra de textos es el realizar inferencias acerca de los hallazgos que arroja la investigación. En la tarea de interpretación de los resultados desempeñan un papel notable las teorías acerca de los usos del discurso a las que se adhiera el investigador. Algo similar ocurre en el campo del derecho, en donde las ideologías jurídicas influyen en el modo de describir los problemas y solucionarlos. Influyen, también, las posibilidades y límites del razonamiento inductivo. En efecto, somos conscientes de que cualquier posible generalización extraída de los textos analizados puede y debe sujetarse a ulteriores contrastaciones, con el fin de evitar falacias en la inducción.⁶⁹

En un primer momento, procederemos a desahogar las fases *empírica* y *analítica* del discurso-objeto (muestra de tesis jurisprudenciales de la tercera época del TCADF). En la fase empírica del análisis del discurso, el investigador efectúa una serie de observaciones partiendo de los problemas definidos de antemano (como lo hemos sugerido al referirnos, por ejemplo, al reflexionar sobre los tipos argumentativos). En la fase analítica se examinan las posibles relaciones existentes entre los fenómenos observados (tesis). Una vez agotadas estas fases, discurrirémos acerca de los hallazgos y determinaremos el grado en que éstos inciden en los problemas que nos interesa considerar, pudiendo repercutir en los principios de la teoría del discurso, con especial referencia al discurso jurídico en sede jurisprudencial (fase normativa del análisis del discurso). Este será el objetivo capital del último capítulo.

Para orientar metodológicamente nuestra investigación, tendremos en cuenta las advertencias de Antaki y otras relacionadas con los vicios más comunes que suelen presentarse al analizar (o pretender analizar) discursos. (ANTAKI y otros, 2003: 1-17) Las prácticas que deben evitarse son: 1) efectuar un pseudo-análisis a través de resúmenes; 2) suscribir o repudiar una tesis sin justificar porqué; 3) creer que el uso excesivo de citas puede reemplazar un análisis personal; 4) intentar analizar sirviéndose de conceptos que no se definen o distorsionan la comprensión; 5) establecer generalizaciones no demostradas o no suficientemente justificadas; 6) afirmar que un hallazgo es relevante, pero sin explicar en qué consiste tal relevancia a la luz de los objetivos de la investigación.

⁶⁹ La inducción en sí, como método de razonamiento, comporta diversos problemas. Su poder de explicación de los fenómenos depende de los datos con que se cuente. Asimismo, la eficacia de una inferencia inductiva se mide en razón de la menor o mayor probabilidad de que los fenómenos examinados sigan comportándose del modo en que se han observado. Si existe una variación significativa, debe revisarse y quizás corregirse las tesis aceptadas. Ahora bien, no siempre resulta posible contar con todos los datos relacionados con un problema. En otras ocasiones, éstos son disponibles, pero su análisis resulta complejo, tal y como ocurre en nuestro caso: disponemos de todas las tesis, pero resultaría titánico pronunciarse respecto a todas las pertenecientes a la tercera época, incluyendo sus precedentes (cinco por cada tesis, por casi setenta tesis jurisprudenciales en el periodo 1997-2007). Es por ello que nos hemos pronunciado por la definición de criterios orientadores de clasificación de las tesis así como por la descripción de una serie de problemas sobre los que versará el análisis. Ello permitirá contar con un punto de partida para reflexiones ulteriores.

Si bien, al presentar un grupo de textos, describiremos su temática y contenido generales, tendremos claro que con tal descripción no estamos haciendo, todavía, análisis del discurso. Tal descripción será la expresión de la fase preliminar del análisis. En la fase analítica procuraremos descubrir las posibles relaciones que existen entre los usos efectivos del discurso en sede jurisprudencial y los principios que rigen a aquél, en términos de teoría del discurso. En esta fase ponderaremos, también, los tipos de argumentos empleados en las tesis, con especial referencia a la analogía. Al examinar la muestra de textos cuidaremos justificar toda conclusión a la que lleguemos a través de inferencias. Tendremos en cuenta que, al partir de una muestra, cualquier conclusión que pueda alcanzarse será más o menos plausible. Ello, debido a las características propias de la inducción, particularmente desde el ángulo de las inferencias que se obtienen a partir de muestras de textos. Si proponemos nuevos principios, categorías o denominaciones para designar los fenómenos examinados, señalaremos que somos nosotros quienes así lo sugieren y justificaremos su elección.

Llegados a este punto, conviene centrar metodológicamente la fase empírica de nuestra investigación a partir de la enunciación de una serie de **hipótesis de trabajo** que respondan a los problemas que aquí nos interesa explicar.

Nuestras **hipótesis** son:

a) Si el discurso jurídico es una forma de expresión del discurso en general, ha de ser posible identificar el uso de los principios y reglas del discurso teórico en el ámbito jurisprudencial. Esto ilustraría la conexión entre la teoría del discurso y la pragmática.

A esta primera hipótesis la designaremos *hipótesis de la conexión entre la dimensión teórica y la dimensión pragmática del discurso*.

b) La autoridad de un criterio jurisdiccional, sea tesis jurisprudencial, sea precedente relevante, puede fundarse argumentativamente. Si bien existen casos, como el mexicano, en donde la obligatoriedad de la jurisprudencia se funda normativamente, como en el caso de los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo vigente, e incluso el artículo 145 de la Ley del TCADF, consideramos que dicha autoridad, o fuerza obligatoria, reposa notablemente en la argumentación aducida en el criterio jurisdiccional, así como en el principio de universalidad.

De lo antes señalado desprendemos una segunda hipótesis de trabajo, designada *hipótesis de la fuente argumentativa de la autoridad del precedente*.

c) Los discursos jurisprudenciales, como textos, presentan intertextualidad, esto es, pueden ser relacionados unos con otros conforme a la temática planteada en ellos. La intertextualidad puede verificarse a través de la comparación entre textos jurisprudenciales emitidos por la Sala Superior del TCADF (que llamaremos *intertextualidad simple*) como entre éstos y los producidos por otras instancias que ejercen jurisdicción, como el Poder Judicial de la Federación (que designaremos *intertextualidad compleja*).

A esta hipótesis la llamamos *hipótesis de intertextualidad discursiva*.

En el capítulo segundo nos adherimos a la tesis de la discrecionalidad judicial, afirmando que ésta se verifica empíricamente en ciertos casos. El juzgador ejerce, en efecto, el poder de integrar nuevas normas jurídicas generales que resuelvan un caso dado. Hoy en día, existe un consenso teórico acerca de la existencia de discrecionalidad en el acto de juzgar. Es por ello que decidimos no incluir la discrecionalidad dentro del repertorio de nuestras hipótesis. Sin embargo, bien puede determinarse la medida en la que dicha discrecionalidad es comprendida y ejercida por el TCADF en sus tesis y precedentes. Esperamos mostrarlo en la mayor medida posible. En suma, los casos que examinamos a continuación ilustran los problemas antes descritos y esperan contrastar las hipótesis aducidas.

C) ESTUDIO DE CASOS

1. Presentación

A lo largo de esta investigación hemos establecido los fundamentos teóricos y metodológicos del discurso así como de la jurisprudencia concebida como fuente normativa. Ahora bien, toca examinar la manera en que el discurso jurídico y, concretamente, el discurso jurisprudencial, se materializan en la jurisdicción contencioso-administrativa. A través de los textos seleccionados estableceremos el modo en que la jurisprudencia se concibe a sí misma como fuente jurídica. Asimismo, ponderaremos la eficacia que poseen los principios teóricos del discurso en general y del discurso jurídico en particular, atendiendo a las clasificaciones apuntadas en el capítulo primero. Finalmente, ilustraremos de qué modo el discurso se apoya en la argumentación, referencia clave en el discurso jurídico para justificar premisas e incluso

para integrar normas jurídicas nuevas al ordenamiento. Centraremos nuestra atención en la analogía.

Estimamos útil analizar la manera en que la jurisprudencia se define a sí misma a través de las tesis del TCADF y las tesis federales. En efecto, no basta con afirmar, como suele hacerse en la dogmática, que la jurisprudencia es una fuente normativa. Conviene inquirirnos en qué sentido es fuente jurídica y cómo la jurisprudencia genera un discurso en torno a tal aseveración. Buscaremos apreciar la forma en que la jurisprudencia delimita su ámbito de aplicación frente a la ley e, incluso, apreciaremos el contraste entre tesis y precedentes. Observaremos cómo un enfoque del discurso jurídico a partir de la argumentación resulta útil para explicar el modo en que los precedentes se enfrentan entre sí, buscando la mejor justificación posible del caso planteado.

Por otra parte, en todas las ocasiones en que la Sala Superior del TCADF resuelve un recurso de apelación ésta debe pronunciarse sobre el carácter jurídico que poseen los agravios expuestos por los recurrentes a efecto de confirmar, revocar o modificar la sentencia impugnada. Es cierto que ni la Ley vigente a partir de septiembre de dos mil nueve ni la anterior establecen un catálogo de tipos para calificar los agravios.⁷⁰ Sin embargo, es evidente que la Sala Superior los emplea regularmente tal y como lo realizan otros tribunales que resuelven recursos de apelación. Así, una de las formas a través de las cuales la Sala Superior ejerce discrecionalidad es, precisamente, desde el momento en que califica argumentativamente los agravios que se presentan en los recursos de apelación.

Conforme a lo anterior, la segunda muestra de tesis aquí examinadas guarda relación con la tipología de los agravios realizada por la Sala Superior. Su análisis permitirá considerar la fuerza práctica que tienen los principios teóricos del discurso al crear y aplicar las tesis jurisprudenciales vigentes. Se podrá afirmar, ciertamente, que si los principios gozan de aplicación general, bien podrían constatarse en cualquier tesis, no solamente en las vinculadas con las tipologías de los agravios. Es posible que esto ocurra así. Sin embargo, por razones

⁷⁰ El artículo 87 de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal vigente en el periodo 1996-2009 disponía, al respecto de los recursos de apelación, lo siguiente: “Las resoluciones de las Salas del Tribunal que decreten o nieguen el sobreseimiento, las que resuelvan el juicio o la cuestión planteada en el fondo, y las que pongan fin al procedimiento, serán apelables por cualquiera de las partes ante la Sala Superior. El recurso de apelación deberá ser interpuesto por escrito, dirigido a la Sala Superior, dentro del plazo de diez días siguientes al en que surta efecto la notificación de la resolución que se impugna.

La Sala Superior, al admitir a trámite el recurso, designará a un Magistrado ponente y mandará correr traslado a las demás partes por el término de cinco días, para que expongan lo que a su derecho convenga.

Vencido dicho término, el Magistrado ponente formulará proyecto y dará cuenta del mismo a la Sala Superior en un plazo de quince días.”

metodológicas decidimos verificar la aplicabilidad de los principios del discurso a partir de las tesis consagradas a la forma en que se clasifican los agravios en apelación. De entrada, la existencia de tales tipologías permite a la Sala Superior del TCADF fijar qué agravio (y qué argumento) es relevante o no para efectos de su estudio jurídico. Ello posee una trascendencia capital, ya que de dicha calificación se sigue cuál será el resultado de haber interpuesto el recurso.

Cuando la Sala Superior concluye que un agravio es, por ejemplo, fundado para revocar la sentencia apelada, dicha conclusión debe estar soportada en una argumentación apropiada. Así, la atribución de sentido a un agravio constituye la conclusión de una serie de razonamientos que tienen por objeto confirmar, revocar o modificar la sentencia que se apela. En suma, no basta con atribuir al agravio planteado un cierto carácter: se precisa justificar por qué lo detenta y a qué conduce. En la práctica jurisdiccional del TCADF las tipologías recurrentes para calificar un agravio son las siguientes: *estimable-desestimable*; *fundado-infundado*; *operante-inoperante*; *eficaz-ineficaz*.

En el capítulo primero sostuvimos que nuestro enfoque del discurso jurídico en general y del discurso jurisprudencial en lo particular es mixto. Lo creemos así ya que para su estudio puede partirse del análisis de textos efectivamente empleados por los juzgadores como referencias (en este caso, tesis jurisprudenciales o precedentes). De su examen formulamos inferencias que buscamos contrastar con los principios teóricos del discurso. De este modo, ponderamos la eficacia de los principios del discurso en contextos reales de aplicación, como el discurso jurisprudencial. Sin embargo, también puede seguirse un camino inverso: partir de los principios y seleccionar una muestra de textos que los desarrollen. En la muestra de textos empleamos ambas perspectivas.

Ahora bien, el modelo mixto que sostenemos posee, también, un enfoque que hemos designado “argumentativo”. Afirmamos que el derecho se realiza a través de argumentos que posibilitan la aplicación de normas a casos concretos. Examinar las tesis jurisprudenciales para determinar qué tipos de argumentos se usan efectivamente, en qué contextos y con qué efectos constituye una investigación autónoma. Sin embargo, aquí deseamos mostrar la manera en que el discurso jurídico depende de la argumentación. Hemos seleccionado la analogía por ser una forma de razonar y de argumentar estrechamente ligada a la creación de la jurisprudencia. En efecto, nos interesa considerar, a través del análisis de tesis vinculadas a la analogía, el modo en que el TCADF ejerce discrecionalidad. Para ello, centraremos nuestra atención en dos modalidades de la analogía: a) el establecimiento de la relación de semejanzas juzgadas “relevantes” por la Sala Superior; b) la creación de normas jurídicas generales.

2. Criterios sintácticos de evaluación de las tesis jurisprudenciales

Hemos señalado que, desde su creación, el TCADF no ha aprobado reglas propias para la redacción de las tesis jurisprudenciales. Sin embargo, en la práctica reciente la Secretaría General de Compilación y Difusión de dicho Tribunal ha adoptado los criterios que se contienen en el Acuerdo 5/2003 emitido por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a las reglas para la redacción y difusión de tesis jurisprudenciales. En lo medular, éstas se sintetizan así:

- La tesis se compondrá de rubro, texto y precedentes.
- El **rubro** es el “enunciado gramatical que identifica al criterio interpretativo plasmado en la tesis. Tiene por objeto reflejar con toda concisión, congruencia y claridad la esencia de dicho criterio y facilitar su localización, proporcionando una idea cierta del mismo”. Para su elaboración, *no se usarán* al principio o al final del rubro pronombres, preposiciones, adverbios, conjunciones, fechas, preceptos legales “o cualquier otro tipo de vocablo que no remita de manera inmediata y directa al concepto, figura o institución materia de la tesis”. En el rubro no se utilizarán conceptos de manera redundante o repetitiva, pero tampoco se eliminarán aquéllos que impidan la comprensión clara de su contenido.
- El **texto** deberá reflejar la información del rubro y contener “la parte considerativa fundamental de la resolución correspondiente” así como “las razones de su solución” (aquí lo hemos designado la *ratio decidendi*). Se desarrollará un solo criterio de interpretación por texto y habrá de evitar la redundancia y la ambigüedad. Los datos personales se eliminarán y, en caso de emplearse ejemplos, dichos datos no figurarán, exponiéndose primeramente la “fórmula genérica” y después los ejemplos concretos. Cuando en el texto se interprete un artículo derogado, se precisará su vigencia.
- El **precedente** contendrá los datos siguientes: tipo de asunto, número del expediente, nombre del promovente, fecha de resolución, votación, ponente y secretario proyectista. Los precedentes se ordenarán cronológicamente del más antiguo al más actual y, en caso de que se hayan emitido diversas votaciones, en la tesis se indicará la que corresponda al tema allí tratado.

Estas reglas podrán orientarnos respecto a los criterios de orden sintáctico que conviene observar para favorecer la lectura y clasificación de las tesis jurisprudenciales.

En los casos en que resulta útil e ilustrativo, invocamos tesis jurisprudenciales y precedentes aislados emitidos por el Poder Judicial de la Federación. En general, y salvo excepción, suprimimos los precedentes por razones de espacio. Lo anterior no impide, empero, que los invoquemos para ilustrar el alcance de las tesis que se examinan. En relación a la jurisprudencia federal, citamos siempre los datos de identificación de las tesis para que el lector pueda corroborar que poseen dicho carácter. Entre dichos datos figura la época, el mes de publicación en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, el número atribuido a la tesis y la página de localización.

3. El rol normativo de la jurisprudencia

3.1 Cuando la jurisprudencia se define a sí misma

En esta sección examinamos la manera en que la jurisprudencia se concibe a sí misma como fuente normativa. Es lo que designamos como la función *normativa* del DJUR. Por tal entendemos la capacidad que posee la jurisprudencia de fijar, con carácter obligatorio, un criterio jurídico que servirá para fallar en una generalidad de casos.

Las razones fijadas en una tesis jurisprudencial excluyen, en principio, apelar a cualquier otro tipo de razones para fallar una causa. Sin embargo, así como la ley está sujeta a reforma, también la jurisprudencia se transforma. Las razones jurídicas que hoy sustentan una tesis jurisprudencial pueden ceder ante otras oponiendo, incluso, precedentes aislados a tesis jurisprudenciales, tanto en el plano interno (del TCADF) como en el plano externo (entre los criterios del TCADF y los federales). Ciertamente, el principio *de inercia* motiva que las decisiones del pasado se mantengan estables, en la mayor medida posible, estables a lo largo del tiempo. Empero, ello no es una razón suficiente para preservar un criterio de decisión. Como hemos apreciado –siguiendo a Alexy–, todo hablante puede cambiar su criterio de decisión siempre y cuando justifique el por qué lo hace. Así, el principio de inercia no puede valer como una razón absoluta e inconvencible.

Una primera forma de ponderar la función normativa de la jurisprudencia la constituye lo que aquí designamos, a reserva de ilustrarlo posteriormente, el “*discurso sobre el discurso*”. En este plano, encontramos tesis en las que el órgano facultado para emitir jurisprudencia –como el TCADF– delimita lo que ésta es, notablemente su lugar en el plano de las fuentes del derecho. Este discurso puede desarrollarse apelando a tesis de otros tribunales.

Una segunda manera de describir la función normativa de la jurisprudencia es examinar la confrontación entre tesis jurisprudenciales y precedentes, por un lado, y entre precedentes de un mismo órgano jurisdiccional, por otro lado. Al examinar la doctrina nacional especializada en estudios jurisprudenciales advertimos que no se expone con el suficiente detenimiento el rol de los precedentes –y sus argumentos jurídicos– y su confrontación con las tesis jurisprudenciales ya publicadas, sean de un mismo tribunal o de tribunales de distinta jerarquía y competencia.⁷¹ Para ello, el investigador puede centrar su atención no sólo en los fundamentos de una tesis jurisprudencial ya establecida –como lo hemos hecho en las secciones anteriores– sino, también, en los argumentos jurídicos contenidos en los precedentes que aspiran a devenir una tesis jurisprudencial.

En efecto, es dable examinar cómo los precedentes se enfrentan a las tesis jurisprudenciales, sean federales o locales, en un intento por hallar un caso de excepción a la regla establecida en la jurisprudencia o, incluso, de modificarla. Tampoco existen estudios detallados respecto al enfrentamiento entre los precedentes de una misma jurisdicción y, en nuestro caso, provenientes de la misma instancia (la Sala Superior del TCADF). Para distinguir esta segunda dimensión de la primera la denominaremos “*el discurso contra el discurso*”.

3.2 El discurso sobre el discurso

El examen de las tesis del Poder Judicial de la Federación revela la existencia de una concepción acerca del lugar que ocupa la jurisprudencia en el sistema de fuentes y cuál es su fuerza normativa. El método seguido para ubicar conceptualmente a la jurisprudencia suele emplear una argumentación de contraste frente a la ley. Para entender cuál ha sido la visión oficial respecto a la jurisprudencia, conviene citar aquí el análisis de Manuel González Oropeza, quien al examinar diversas tesis jurisprudenciales federales de la Quinta y Sexta Épocas apunta:

⁷¹ Sin embargo, debe reconocerse el esfuerzo realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre este tema. En efecto, en 2006 el Pleno de dicho órgano jurisdiccional acordó la creación del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, bajo la dirección del ministro en retiro Juan Díaz Romero. Entre las funciones de dicho Instituto figuran: a) realizar investigaciones en torno a la jurisprudencia federal e incluso en materia comparada; b) examinar los criterios adoptados por las jurisdicciones de los estados al realizar control de constitucionalidad; c) organizar foros y seminarios sobre el tema; d) celebrar convenios de colaboración; e) realizar publicaciones periódicas (notablemente el boletín mensual “Raíz y Conciencia”). El Instituto organiza, cada año, seminarios de actualización jurisprudencial. Véase la página de Internet siguiente: <http://www2.scjn.gob.mx/investigacionesjurisprudenciales/>

Una sentencia de la Suprema Corte definió a la jurisprudencia como la ‘interpretación correcta y válida de la ley que necesariamente se tiene que hacer al aplicar ésta’... si bien la interpretación auténtica es la única permitida por nuestra Constitución, la judicatura tiene como objetivo desentrañar esa interpretación: ‘Dos elementos debe tener presentes el juzgador al interpretar la ley: el texto o sentido gramatical de las palabras y la intención o propósitos que llevaron al legislador a dictarla’... aunque la letra prevalece sobre la voluntad del propio legislador...y sobre todo, hay que interpretar integralmente el texto legal...

La autoridad judicial mexicana ha confiado demasiado en la competencia del legislador a quien dogmáticamente lo considera como una entelequia libre de errores y vicios, incapaz de expresar en sus disposiciones legales ‘palabras inútiles o redundantes’... Esta presunción olvida que el proceso legislativo es un proceso político cuya capacidad o congruencia no es un atributo necesario, sino que las palabras se pactan con sentidos distintos y con voluntades disímboles. (GONZÁLEZ OROPEZA, 2008: 284)

La visión tradicional de la jurisprudencia sostiene que ésta posee un papel subsidiario frente a la ley. Así se aprecia en la siguiente tesis, citada comúnmente en la práctica judicial:

JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE LA. SU APLICACION NO ES RETROACTIVA.

Es inexacto que al aplicarse la jurisprudencia fijada por esta Cuarta Sala de conformidad a lo dispuesto por el artículo 192 de la Ley de Amparo, y formada con posterioridad a la fecha del acto reclamado en el juicio de garantías, y que interpreta la ley que rige a dicho acto, se viole en perjuicio del quejoso el principio contenido en el artículo 14 constitucional, en el sentido de prohibir la aplicación retroactiva de la ley, ya que la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente a la que está en vigor, sino sólo es la interpretación de la voluntad del legislador. **La jurisprudencia no crea una norma nueva, sino únicamente fija el contenido de una norma preexistente.** En consecuencia, si la jurisprudencia sólo es la interpretación de la ley que la Suprema Corte de Justicia de la Nación efectúa en determinado sentido, y que resulta obligatoria por ordenarlo así las disposiciones legales expresas, su aplicación no es sino la misma de la ley vigente en la época de realización de los hechos que motivaron el juicio laboral del que dimana el acto reclamado en el juicio de garantías. (Séptima Época. Instancia: Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Parte, página. 129. Énfasis añadido.)

La aseveración “la jurisprudencia no crea una norma nueva, sino únicamente fija el contenido de una norma preexistente”, parece negar la posibilidad de las lagunas normativas. Evoca, ciertamente, uno de los postulados teóricos del formalismo jurídico en el siglo XIX: la ley siempre prevé una solución para todos los casos que la realidad plantea. Por tanto, las lagunas son siempre aparentes. Bajo esta tesitura, la jurisprudencia no sería “aditiva”, entendiendo por tal expresión la capacidad de generar normas nuevas que se incorporen al sistema general de fuentes jurídicas. Sin embargo, el alcance de la interpretación de la Constitución y las leyes por parte de los jueces persiste como un problema teórico y práctico de gran repercusión. ¿Hasta dónde pueden llegar los jueces y qué es lo que realmente hacen en sus sentencias? En

la práctica judicial tiende a prevalecer un espíritu de auto-limitación, es decir, los jueces no son proclives a crear normas nuevas o, si lo hacen, argumentan en el sentido de que la norma introducida preexistía en el ordenamiento. González Oropeza lo ilustra en sus palabras: "... los jueces poseen una nominal facultad interpretativa anclada en el principio de respeto literal de la ley, cuya máxima expresión ha sido la jurisprudencia, obligatoria tan solo para los jueces, y que ha reiterado en la mayoría de los casos el texto de los preceptos legales, sin mayor esfuerzo por dinamizar su significado." (GONZÁLEZ OROPEZA, 2008: 287)

Consideramos que, para hablar de un "discurso de la jurisprudencia sobre la jurisprudencia" debemos evaluar los cambios observados en el paradigma de la función jurisdiccional. En efecto, en el capítulo segundo mostramos cómo se transitó de una teoría de la función jurisdiccional sometida enteramente a la función legislativa hacia una teoría que reconoce un cierto activismo judicial, comprendido notablemente en el sentido de adaptar la Constitución y las leyes a las demandas sociales contemporáneas. Sin desdeñar la obligación de apegarse al texto de la ley, en tesis más recientes la SCJN ha introducido la posibilidad de una interpretación sensible a cada tiempo histórico. Una tesis representativa es la siguiente:

INTERPRETACIÓN HISTÓRICA TRADICIONAL E HISTÓRICA PROGRESIVA DE LA CONSTITUCIÓN. Para fijar el justo alcance de una disposición contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ante la insuficiencia de elementos que derivan de su análisis literal, sistemático, causal y teleológico, es factible acudir tanto a su interpretación histórica tradicional como histórica progresiva. En la primera de ellas, con el fin de averiguar los propósitos que tuvo el Constituyente para establecer una determinada norma constitucional, resulta necesario analizar los antecedentes legislativos que reflejan con mayor claridad en qué términos se reguló anteriormente una situación análoga y cuál fue el objeto de tales disposiciones, dado que por lo regular existe una conexión entre la ley vigente y la anterior; máxime, si a través de los diversos métodos de interpretación del precepto constitucional en estudio se advierte que fue intención de su creador plasmar en él un principio regulado en una disposición antes vigente, pues en tales circunstancias, la verdadera intención del Constituyente se puede ubicar en el mantenimiento del criterio que se sostenía en el ayer, ya que todo aquello que la nueva regulación no varía o suprime de lo que entonces era dado, conlleva la voluntad de mantener su vigencia. Ahora bien, de resultar insuficientes los elementos que derivan de esta interpretación, será posible acudir a la diversa histórica progresiva, para lo cual deben tomarse en cuenta tanto las condiciones y necesidades existentes al momento de la sanción del precepto constitucional, como las que se advierten al llevar a cabo su interpretación y aplicación, ya que toda Norma Fundamental constituye un instrumento permanente de gobierno, cuyos preceptos aseguran la estabilidad y certeza necesarias para la existencia del Estado y del orden jurídico; por tanto, ante un precepto constitucional que por su redacción permite la adecuación de su sentido a determinadas circunstancias, ya sea jurídicas, o de otra índole, para fijar su alcance, sin imprimirle un cambio sustancial, debe atenderse precisamente a la estabilidad o modificación que han sufrido esas circunstancias, sin que con ello sea válido desconocer o desnaturalizar los propósitos que llevaron al Constituyente a establecer la disposición en estudio. (Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XI, junio de 2000. Tesis: P./J. 61/2000. Página: 13.)

En esta tesis hay, ciertamente, una búsqueda de equilibrio. Se reconoce la necesidad de la interpretación, pero sin llegar a tal punto que “desnaturalice” la Constitución. Nuevamente, el juez constitucional delimita su papel frente al legislador. Hasta aquí, hemos descrito, a grandes rasgos, el modo en que la jurisprudencia federal se concibe a sí misma. Ahora bien, ¿de qué modo se describe la jurisprudencia del TCADF? ¿Existe una “auto-conciencia” de su propia existencia y alcances?

Es oportuno señalar algunos rasgos que ilustran la interconexión entre las tesis federales y las del TCADF. El primero que resalta es la cercanía entre una buena parte de tesis pertenecientes a la Tercera Época y las tesis federales. Así, y tan sólo a manera de ilustración, la jurisprudencia número veintidós publicada en noviembre de dos mil tres, intitulada “SOBRESEIMIENTO DEL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. IMPIDE ENTRAR A LAS CUESTIONES DE FONDO”, se inspira netamente en la tesis en materia de amparo intitulada “SOBRESEIMIENTO, IMPIDE EL ESTUDIO DE LAS CUESTIONES DE FONDO” (tesis V. 20.J/15, publicada en el tomo IX de enero de 1992 del SJF, página 115). Análogamente, la tesis número treinta y seis, publicada en diciembre de 2004: “MULTA MINIMA. RESULTA INNECESARIO MOTIVAR SU IMPOSICION”, responde al criterio sentado por la SCJN desde diciembre de 1999 en su tesis “MULTA FISCAL MINIMA. LA CIRCUNSTANCIA DE QUE NO SE MOTIVE SU IMPOSICION, NO AMERITA LA CONCESION DEL AMPARO POR VIOLACION AL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.” (tesis 2ª./J.127/99, SJF tomo X, página 219).

En algunos casos, la interpretación adoptada por el TCADF se adelanta a la del Poder Judicial de la Federación, como en el caso de la tesis número veintitrés publicada en noviembre de 2003: “TERMINO PREVISTO EN LA FRACCION II DEL ARTICULO 64 DE LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS. CONSECUENCIA JURIDICA DE LA OMISION DE NO DICTAR RESOLUCION EN EL”.⁷² Por su parte, la tesis federal que se pronunció sobre el mismo tema resolvió una contradicción de criterios sustentados entre dos Tribunales Colegiados de Circuito. De hecho, el que la tesis del TCADF se haya publicado antes se debe al tiempo que llevó resolver los amparos en los Tribunales federales y, posteriormente, a la solución de la contradicción de criterios.

⁷² En este caso, la tesis federal apareció publicada hasta el mes de enero de 2005 en el tomo XXI del SJF (tesis 2ª./J.206/2004, página 576). El rubro que la identifica es “RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS. LA FACULTAD SANCIONADORA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA NO CADUCA UNA VEZ TRANSCURRIDO EL PLAZO DE TREINTA DIAS HABILES PREVISTO POR EL ARTICULO 64, FRACCION II, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, VIGENTE EN EL AMBITO FEDERAL HASTA EL 13 DE MARZO DE 2002.”

Existen ámbitos en los que las tesis del TCADF son prototípicas de su quehacer jurisdiccional, relacionadas con el tipo de normas que dicho tribunal interpreta cotidianamente. Un ejemplo clásico es la tesis número dieciséis publicada en octubre de 2001, intitulada “MULTAS DE TRANSITO. RESTITUCION EN EL GOCE DE LOS DERECHOS INDEBIDAMENTE AFECTADOS O DESCONOCIDOS, TRATANDOSE DE”.

Las tesis de la Tercera Época que hacen referencia directa al tema de la jurisprudencia y su rol normativo son: a) la número 37, publicada en diciembre de 2004, b) la número 70, publicada en septiembre de 2008 y la número 77, difundida en diciembre de dicho año; c) las números 78 y 79, también publicadas en diciembre de 2008 y que representan las únicas dos tesis por unificación del periodo 1997-2008.

A continuación reproducimos el texto de dichas tesis:

(Tesis 37/2004) **TESIS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION QUE NO HAN INTEGRADO JURISPRUDENCIA. ES CORRECTO APOYARSE EN LOS CRITERIOS QUE LAS SUSTENTAN.** No existe impedimento legal para que las Salas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal al dictar sus fallos, se apoyen en criterios sustentados por las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de sus Tribunales Colegiados que no constituyan jurisprudencia, pues ello resulta acorde con el principio reconocido de que los Tribunales pueden adecuar su criterio a los de mayor jerarquía, lo que desde luego, no causa agravio a las partes.

(TESIS 70/2008) **SERVIDORES PÚBLICOS. EL PLAZO PARA EL CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA FACULTAD SANCIONADORA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 78 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA DE APLICACIÓN VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL, NO SE INTERRUMPE CON LA NOTIFICACIÓN DE UNA RESOLUCIÓN QUE FUE DECLARADA NULA.** Del contenido del texto del artículo 78 fracción II párrafo tercero de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos de aplicación vigente en el Distrito Federal, se advierte que el único acto tendiente a la interrupción de las facultades sancionadoras de la autoridad administrativa competente, lo es el inicio del procedimiento correspondiente. Sin embargo, en el texto de la jurisprudencia 2ª./J. 203/2004 que sustentó la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que fue publicada con el rubro “*RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. UNA VEZ INTERRUMPIDO EL PLAZO PARA QUE OPERE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS FACULTADES SANCIONADORAS DE LA AUTORIDAD, EL CÓMPUTO SE INICIA NUEVAMENTE A PARTIR DE QUE SURTE EFECTOS LA NOTIFICACIÓN DE LA CITACIÓN PARA LA AUDIENCIA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.*”, misma que es de aplicación obligatoria para este Tribunal de

acuerdo con lo que dispone el artículo 192 de la Ley de Amparo, se interpretó el artículo 78 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, determinándose que la prescripción reinicia su cómputo a partir de que surte efectos la notificación del citatorio para la audiencia de ley y únicamente se interrumpirá con la notificación de la resolución sancionadora respectiva. No obstante lo anterior, si una resolución determinante de responsabilidad administrativa fue declarada nula ante la evidencia de vicios formales, ésta no interrumpe el plazo de la prescripción referido recientemente, ya que esa declaratoria apareja que el acto administrativo no produzca ningún efecto jurídico.

(Tesis 77/2008) **RECETAS MEDICAS EXPEDIDAS POR MEDICOS PARTICULARES, RESULTAN MEDIOS IDÓNEOS PARA JUSTIFICAR INASISTENCIAS A LAS LABORES DE LOS MIEMBROS DE LOS CUERPOS DE SEGURIDAD PÚBLICA DEL DISTRITO FEDERAL, SI LAS MISMAS SE ENCUENTRAN ADMINICULADAS CON ALGÚN OTRO MEDIO DE PRUEBA.** De conformidad con lo que dispone el artículo 52 fracción I de la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal, el Consejo de Honor y Justicia puede destituir a aquellos elementos de los cuerpos de seguridad pública que falten injustificadamente a sus labores por más de tres ocasiones en un periodo de treinta días naturales. Cuando en el procedimiento administrativo disciplinario que tramite ese Órgano Colegiado con motivo de la presunta infracción al mencionado precepto, el incoado ofrece y exhibe una receta médica expedida por un médico particular (entendiéndose por éste el que no presta sus servicios en el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado) y dicha prueba se encuentra adminiculada con algún otro medio de convicción idóneo, en su conjunto dichos indicios pueden justificar la inasistencia de que se trate, atendiendo al contenido de los artículos 285 y 286 del Código Federal de Procedimientos Penales, de aplicación supletoria a la mencionada Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal (de acuerdo a la jurisprudencia 2ª./J. 57/2002, cuya voz dice: ‘RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS ELEMENTOS DE LOS CUERPOS DE SEGURIDAD PÚBLICA DEL DISTRITO FEDERAL. EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y, EN SU CASO, EL CÓDIGO PENAL FEDERAL, SON APLICABLES SUPLETORIAMENTE A LA LEY DE SEGURIDAD PÚBLICA DEL DISTRITO FEDERAL’), máxime si se considera que el ordenamiento legal invocado en último término, no previene disposición en contrario.

(Tesis 78/2008) **RECURSO DE APELACION. ES LEGAL SU DESECHAMIENTO SI EL SERVIDOR PÚBLICO QUE LO INTERPONE, NO ACREDITA SER DE JERARQUÍA INMEDIATA INFERIOR AL TITULAR DE LA DEPENDENCIA.** Los Titulares de las Dependencias sólo pueden ser suplidos en sus ausencias temporales por los servidores públicos de jerarquía inmediata inferior que dependan, en los asuntos de su respectiva competencia y tratándose del Secretario del Medio Ambiente, sólo puede ser suplido en sus ausencias por los Directores Generales o Director Ejecutivo que se señalan en el artículo 7 fracción IV del Reglamento Interior de la Administración Pública del Distrito Federal, por lo que si quien interpone el medio de defensa firma en

ausencia del Director y éste a su vez lo hace en suplencia del Secretario del Medio Ambiente, fundando su actuación en la fracción IV del Reglamento Interior aludido, con tal disposición únicamente se puede tener por fundada la suplencia que hace a nombre del Director General, mas no faculta dicha norma a suplir al Titular de la Secretaría del Medio Ambiente, ya que para ello debe tenerse presente lo dispuesto en la fracción I del multicitado artículo 24, sostener lo contrario implicaría permitir una cadena interminable de suplencias que permitiría que un servidor público que un Jefe de Oficina (sic) firmara en ausencia de un Jefe de Departamento y así sucesivamente.

(Tesis 79/2008) **DIRECTOR GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS DE LA SECRETARÍA DE SEGURIDAD PÚBLICA DEL DISTRITO FEDERAL, ES INCOMPETENTE PARA FIRMAR EN SUPLENCIA POR LA AUSENCIA DEL TITULAR DE DICHA DEPENDENCIA, LAS RESOLUCIONES DE LOS RECURSOS DE REVISIÓN PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 56 DE LA LEY DE SEGURIDAD PÚBLICA DEL DISTRITO FEDERAL.** De conformidad con lo que dispone el artículo 21 fracción I de la Ley Orgánica de la Secretaría de Seguridad pública del Distrito Federal, el titular de dicha dependencia puede ser suplido en sus ausencias temporales por los Subsecretarios adscritos a ésta, en el orden que se disponga en el Reglamento Interior correspondiente. En concordancia con dicha disposición, el artículo 48 párrafo primero del Reglamento Interior de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal (vigente hasta el dieciocho de octubre de dos mil ocho), previene el orden a que hace referencia el artículo primeramente mencionado, empezando por los Subsecretarios ahí mencionados. En consecuencia, independientemente de que el artículo 16 fracción XIII del Reglamento Interior referido en último término, prevenga en su parte final que el Director General de Asuntos Jurídicos de la dependencia tantas veces mencionada pueda suplir las ausencias del titular de la misma en los asuntos de su competencia, no da lugar a concluir que sea competente para firmar las resoluciones de los recursos de revisión a los que hace referencia el artículo 56 de la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal, ya que ello atentaría en contra del orden jerárquico normativo imperante.

La tesis 37/2004 sigue fielmente el criterio federal planteado desde principios de la década de los ochenta del siglo pasado. Así, en el amparo en revisión número 662/80 conocido por la Segunda Sala de la SCJN se fijó el siguiente criterio: “TESIS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA QUE NO HAN INTEGRADO JURISPRUDENCIA. TIENEN FUERZA JURIDICA PARA NORMAR EL CRITERIO DE TRIBUNALES INFERIORES.” (SJF, volúmenes 139-144, Tercera Parte, página 141). En tal tesis la SCJN reconoce que los criterios aislados “pueden servir de legal sustentación a las sentencias de tribunales inferiores, al no existir precepto legal alguno que impida a los Jueces que orienten su criterio con los precedentes de esta Suprema Corte, además de que es un principio generalmente reconocido el que los tribunales inferiores adecuen su criterio al de los de mayor jerarquía.” ¿Cuál es el “principio generalmente reconocido” del que habla la tesis? ¿Cuál es la fuente normativa de la que proviene? Ese principio es lo que hemos designado, en el capítulo segundo, *razón de autoridad* para justificar la fuerza obligatoria de los precedentes. Su fuente normativa radica

en la posición que los tribunales federales poseen respecto a los del fuero común. Asimismo, proviene del hecho de que las sentencias de los tribunales comunes son siempre susceptibles de revisión por la jurisdicción federal.

Consideramos que una teoría del DJUR debe rendir cuenta no solamente de la jerarquía que ocupa un cierto tribunal para explicar por qué resulta obligatorio un precedente. Es conveniente, también, apelar a otras razones, que parten del principio de justicia formal (véase la última sección del capítulo segundo). Es decir, por encima de la jerarquía de un tribunal subyace una razón que aspira a la estabilidad en los precedentes: el de que casos similares sean fallados del mismo modo. Así, las razones basadas en la autoridad o la jerarquía de un tribunal pueden integrarse con las razones apoyadas en la búsqueda de coherencia y regularidad en la decisión jurisdiccional, de modo que los justiciables sepan a qué atenerse cuando acuden ante un tribunal a resolver un litigio. Sin embargo, ninguna de las cuatro tesis que hemos transcrito con antelación capta el principio de justicia formal como el núcleo sustancial del DJUR.

El caso de las tesis 70/2008 y 77/2008 representa claros ejemplos de lo que podemos denominar como *intertextualidad discursiva*.⁷³ En efecto, en ambas se hace referencia directa a tesis federales para fundar sus premisas. La número 70/2008 parte de la interpretación del artículo 78 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Se pronuncia respecto al problema de si debe o no contarse la prescripción después de que se ha notificado a un servidor público el inicio de un procedimiento de responsabilidad iniciado en su contra. En el texto de la tesis se resalta el rol normativo de la jurisprudencia, invocándose el artículo 192 de la Ley de Amparo vigente, el cual ordena a los tribunales locales conocer y aplicar las tesis federales. En la parte final de este capítulo tendremos ocasión de profundizar acerca de su contenido y alcance, notablemente al referirnos a la aplicación de la analogía en el DJUR.

La tesis número 77/2008 reconoce el valor probatorio que pueden tener las constancias médicas que emiten particulares, esto es, médicos no adscritos al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. En principio, por ser trabajadores al servicio del Estado, los policías sólo pueden justificar sus inasistencias con licencias emitidas por dicho Instituto. Sin embargo, el TCADF ha interpretado la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal de modo que, aún cuando no se admita expresamente, puedan justificarse las inasistencias con recetas firmadas por médicos privados. Como en otros casos, la tesis se apoya en los criterios federales, notablemente en lo tocante a la aplicación supletoria del Código Federal de Procedimientos Penales a la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal para la valoración de las pruebas.

⁷³ Respecto a la intertextualidad, refiérase el lector al punto 3.3 del capítulo primero, relativo al examen de los principios del discurso escrito.

La invocación de la tesis federal revela otro caso de intertextualidad discursiva. El rol normativo de la jurisprudencia adquiere un aspecto reforzado, ya que la tesis federal aporta razones que justifican a la local en cuanto a qué medios de prueba pueden ser aportados en un procedimiento y cuál es su valor. Con anterioridad manifestamos que, en buena parte, las tesis de la Tercera Época adoptan los criterios federales de manera implícita, sin hacer una referencia directa a ellas. Sin embargo, en la jurisprudencia del TCADF que aquí se comenta se invoca abiertamente una tesis federal, ejemplificando un discurso de “jurisprudencia sobre la jurisprudencia”.

Por otra parte, las tesis números 78 y 79 publicadas en 2008 resuelven dos problemas análogos. En efecto, en ambas se establece que el recurso de apelación debe ser promovido por la autoridad que cuente con facultades para actuar en suplencia de un funcionario de jerarquía *inmediata superior*. Era común que varios recursos fuesen promovidos por quien decía suplir al suplente, generándose una cadena ambigua de atribuciones. En algunos casos la Sala Superior justificó las razones de la autoridad y en otros desechó los recursos, lo que condujo al planteamiento de la contradicción de criterios. No se trata, ciertamente, de las únicas tesis por unificación de criterios, ya que en las épocas primera y segunda de la jurisprudencia del TCADF se publicaron otras. Sin embargo, prueban que la jurisprudencia tiene por fin medular el sentar criterios de decisión que permitan fallar casos futuros de manera análoga y previsible, partiendo de un criterio con carácter obligatorio.

La función de la jurisprudencia por unificación producida en la Tercera Época aspira a lograr el mismo objetivo que la jurisprudencia por reiteración: normar la decisión de casos futuros. Además, posee una ventaja nada despreciable con respecto a las tesis obtenidas por reiteración de criterios: basta una sola sentencia para fijar jurisprudencia. Asimismo, esta forma de integrar jurisprudencia no requiere esperar a que cada posible precedente adquiera firmeza legal. A pesar de estas ventajas cualitativas, sorprende el escasísimo número de tesis adoptadas atendiendo a este sistema de creación de jurisprudencia. La contradicción de criterios existe: la forma más común es la que opone una ponencia de la Sala Superior a otra respecto al modo en que debe fallarse un recurso de apelación. Pero también es factible encontrar oposición de criterios respecto a lo que la misma Sala Superior aprueba de una sesión a otra y, finalmente, en relación a lo que una misma ponencia ha presentado como proyectos de sentencia en el pasado. La jurisprudencia por reiteración se sustenta en precedentes aprobados a la unanimidad de votos de quienes componen el Pleno de la Sala Superior. Sin embargo, omite describir el conflicto de criterios que suele reinar al interior del Pleno de la Sala Superior. Creemos que debería emplearse con mayor frecuencia la jurisprudencia por unificación. Esta modalidad reflejaría mejor la pluralidad de criterios observable en el seno de la Sala Superior del TCADF.

3.3 El discurso contra el discurso

A través de la denominación “discurso contra el discurso” queremos ejemplificar algunos modos a través de los cuales el DJUR manifiesta, con gran viveza, *su raíz argumentativa*. En esta investigación hemos destacado, reiteradamente, la descripción de la jurisprudencia como fuente productora de normas. Hemos afirmado, también, que existe una relación fundamental entre el discurso y la argumentación. Ahora toca examinar cómo el DJUR emplea la argumentación jurídica a partir de cuatro aspectos relevantes: a) la manera en que *la jurisprudencia federal se enfrenta a los precedentes* de la Sala Superior del TCADF; b) el contraste observable entre *una tesis jurisprudencial del TCADF y sus precedentes* c) el contraste existente *entre precedentes* de la propia Sala Superior, cada uno de ellos pugnando por imponer un criterio que podría devenir jurisprudencial; y d) el precedente aislado enfrentado a una tesis jurisprudencial de la cual intenta alejarse o, al menos, introducir matizaciones interpretativas.

Estos cuatro escenarios posibles se esquematizan como sigue:

<i>Jurisprudencia federal</i>	vs.	<i>Precedentes del TCADF</i>
<i>Jurisprudencia del TCADF</i>	vs.	<i>Precedentes de dicha tesis</i>
<i>Precedente del TCADF</i>	vs.	<i>Precedente del TCADF</i>
<i>Precedente del TCADF</i>	vs.	<i>Jurisprudencia del TCADF</i>

En la lista de posibilidades antes reseñada cabe la posibilidad lógica de que exista una tesis jurisprudencial del TCADF que se oponga a una federal (escenario de “jurisprudencia vs. jurisprudencia”). Esto podría ocurrir si la Sala Superior publica una tesis jurisprudencial respecto a cierto tema *antes* que el Poder Judicial de la Federación y dicha tesis resulta contraria al criterio expuesto por la jurisdicción federal. Sin embargo, en la práctica las tesis del TCADF no se oponen a las federales, antes bien, siguen fielmente los criterios de aquéllas. Si ocurriera expresamente, por virtud de lo dispuesto en los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo las tesis del TCADF resultarían inaplicables, en razón de ser de inferior jerarquía a las federales.

Otro escenario en el que puede pensarse es el de tesis jurisprudenciales del TCADF que se enfrentan entre sí, sean de una misma época o de épocas distintas. A este respecto, conviene apuntar que la Sala Superior del TCADF es la única instancia que establece y difunde

jurisprudencia por lo que, en principio, es difícil considerar la posibilidad de jurisprudencias contradictorias entre sí provenientes de una misma época. En cambio, la contradicción de criterios es frecuente entre los Tribunales Colegiados. Para evaluar el contraste entre tesis del TCADF un escenario plausible es el de comparar tesis jurisprudenciales de la Tercera Época con las producidas en las primeras dos épocas. De esta manera puede examinarse la evolución de criterios y en qué medida son sensibles a las reformas de la Ley del TCADF. Cabe apuntar, sin embargo, que este escenario no será objeto de nuestra investigación. Finalmente, otro aspecto del discurso contra el discurso que puede examinarse es el de la oposición entre los precedentes de la Sala Superior y los de las Salas Ordinarias y Auxiliares. Si bien relevante, en las líneas que siguen no examinaremos esta dimensión, limitando nuestro estudio a las tesis de la Sala Superior y sus precedentes y éstos frente a las tesis federales.

3.3.1 La jurisprudencia federal frente a los precedentes de la Sala Superior

Es posible que el ámbito políticamente más sensible sea el que examina cómo se enfrentan los criterios aducidos en las tesis jurisprudenciales federales a los planteados en algunos precedentes de la Sala Superior del TCADF. Veamos porqué. El 18 de junio de 2008 se publicaron diversas reformas a la Constitución Federal de gran trascendencia. Entre ellas, la relativa a la fracción XIII del apartado B del artículo 123 constitucional. El texto quedó así en la parte que aquí interesa comentar:

ARTÍCULO 123...

A...

B...

XIII. Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del ministerio público, peritos y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes.

Los agentes del ministerio público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones. Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado solo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, **sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido.**

... (Énfasis añadido.)

Antes de la reforma constitucional descrita, cuando un policía demostraba que una resolución administrativa que le impuso la destitución era ilegal, procedía ordenar el pago de sueldos caídos y, en muchos casos, también la reinstalación en el puesto, previa valoración de los requisitos previstos en las leyes para permanecer en el cargo de policía. Ello, conforme a la tesis jurisprudencial que enseguida se cita:

SEGURIDAD PÚBLICA. EL PÁRRAFO TERCERO DE LA FRACCIÓN XIII DEL APARTADO B DEL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ADICIONADO POR DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE, ÚNICAMENTE PROHÍBE LA REINSTALACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LAS CORPORACIONES POLICIALES QUE AL MOMENTO DE LA REMOCIÓN NO LLENARON LOS REQUISITOS DE PERMANENCIA EXIGIDOS POR LAS LEYES VIGENTES. Del análisis del proceso legislativo que culminó con la adición de un tercer párrafo a la fracción XIII del apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se concluye que el propósito de la reforma fue agilizar la depuración y profesionalización de los cuerpos policiacos, mediante un procedimiento consistente en la remoción de quienes no satisfagan los requisitos de permanencia exigidos por las leyes vigentes, sin derecho a ser reinstalados sino sólo a recibir una indemnización, pues de esta manera se garantiza que únicamente permanezcan en las corporaciones quienes cubran el nuevo perfil del policía requerido por la ley secundaria, anteponiendo así la norma constitucional el interés de la sociedad de contar con mejores elementos que coadyuven con ésta en el combate a la delincuencia, al interés particular de un grupo de gobernados de continuar en el cargo. Sin embargo, la improcedencia de la reinstalación en el cargo no debe entenderse como una prohibición absoluta, sino en el sentido de que no podrán ser reinstalados, únicamente, quienes no reúnan aquella característica, pero sí podrán serlo quienes la satisfagan, ya que de no estimarlo así se propiciaría no sólo que se presenten remociones arbitrarias e injustas, sino también que pudieran quedar fuera de las instituciones policiacas los buenos elementos. (Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVI, julio de 2002. Tesis: 2ª./J. 79/2002. Página: 356.)

Como puede apreciarse, el criterio asentado en la tesis federal precisa que, tal y como se encontraba redactado el artículo 123, apartado B, fracción XIII de la Constitución Federal hasta antes de junio de 2008, en los juicios contencioso-administrativos procedería ordenar la reinstalación de un policía *cuando se hubiese demostrado que cumplía con los requisitos para permanecer en el cargo que ostentaba*. Por tanto, la prohibición de reinstalar no debería interpretarse en términos absolutos. Sin embargo, la reforma de junio de 2008 dispuso, tajantemente, *que fuese cual fuese el resultado del juicio, ningún policía debería ser*

reinstalado en su puesto. Así, se estableció un caso de excepción en la Constitución, ya que la regla para los demás trabajadores es que cuando éstos demuestran que el despido fue causa del patrón, podrán elegir entre ser indemnizados o ser reinstalados, sin que, en principio, se les niegue esta segunda posibilidad.

Cuando la Sala Superior comenzó a conocer de recursos de apelación relacionados con el tema de la reinstalación de policías (verano de 2008), algunos Magistrados resaltaron la reforma constitucional y urgieron a la adopción de un criterio de interpretación uniforme. El objetivo era evitar sentencias contradictorias e incluso contrarias al texto de la reforma. ¿Habría que tratar todos los casos a la luz de la reforma, negando sistemáticamente la reinstalación a los policías que hubiesen ganado sus juicios? ¿Tenía que respetarse el principio de no aplicación retroactiva de la ley, en este caso de la reforma constitucional, para todos los casos de destitución del cargo ocurridos antes de dicha reforma?

Uno de los primeros recursos de apelación en los que se planteó la no reinstalación de un policía fue el número 4994/2008, resuelto por el Pleno de la Sala Superior del TCADF el uno de octubre de dos mil ocho. En dicha sentencia se juzgaron parcialmente fundados los agravios de la autoridad recurrente, modificándose la sentencia en la parte relativa a los efectos de la declaración de nulidad. Originalmente, la Sala que conoció del juicio de nulidad ordenó la reinstalación del actor en el puesto que desempeñaba hasta antes de ser destituido. La modificación confirmó la nulidad del acto administrativo, imponiendo a la autoridad responsable “iniciar el trámite para el pago de la indemnización constitucional, *sin que proceda la reinstalación o el pago de sueldos y prestaciones no pagados, por así disponerlo el texto constitucional vigente en el año en que se cometió la conducta atribuida al policía.*” (itálicas nuestras) La conducta atribuida al policía enjuiciante fue la de extorsión. En ese momento (año de 2006), el artículo 123, apartado B, fracción XIII, precisaba al respecto de la reinstalación lo siguiente:

ARTICULO 123.- ...

A...

B...

XIII...

...

Los miembros de las instituciones policiales de los municipios, entidades federativas, del Distrito Federal, así como de la Federación, **podrán ser removidos de su cargo si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento de la remoción señalen para permanecer en dichas instituciones, sin que proceda su reinstalación o restitución, cualquiera que sea el juicio o medio de defensa para combatir la remoción y, en su caso, sólo procederá la indemnización.** La remoción de los demás servidores públicos a que se refiere la presente fracción, se regirá por lo que dispongan los preceptos legales aplicables;

... (Énfasis añadido.)

El actor en el juicio de nulidad interpuso juicio de amparo directo, siendo registrado bajo el número D.A. 389/2008 y juzgado ante el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito en sesión del día treinta de diciembre de dos mil ocho. El Tribunal federal amparó al quejoso, aduciendo que la Sala Superior había aplicado incorrectamente la disposición constitucional vigente en el año de 2006. En cuanto a la reinstalación, afirmó: "... en consideración del Alto Tribunal de la Nación, la improcedencia de la reinstalación en el cargo no debe entenderse como una prohibición absoluta, sino en el sentido de que no podrán ser reinstalados, únicamente, quienes no reúnan el nuevo perfil del policía requerido en la ley secundaria, empero, sí podrán serlo quienes lo satisfagan, pues de no estimarlo así se propiciaría que se presenten remociones arbitrarias e injustas, así como el que pudieran quedar fuera de las instituciones policíacas los buenos elementos." (foja dieciocho de la ejecutoria) Para sustentar su conclusión, el Tribunal federal se apoyó en la tesis jurisprudencial que hemos transcrito al principio de esta sección.

La ejecutoria descrita fue la primera sobre el tema que llegó al TCADF a principios del año dos mil nueve. Una segunda ejecutoria reconocería, nuevamente, que la interpretación de la prohibición de reinstalación no debe entenderse de manera absoluta y para todos los casos, sino que han de ponderarse los requisitos de permanencia previstos en las leyes en materia de seguridad pública.

La segunda ejecutoria sobre el tema cumplida por el Pleno de la Sala Superior del TCADF fue la relacionada con el amparo directo número 374/2008. Este amparo fue conocido por el Decimocuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, amparando a los quejosos (también policías y, como el caso anterior, acusados de extorsión) el trece de febrero de dos mil nueve. Al resolver nuevamente los recursos de apelación números 6984/2008 y 7446/2008, la Sala Superior atendió la ejecutoria descrita, evaluando si los actores cumplían o no los requisitos de permanencia. Finalmente, determinó modificar la sentencia de primera instancia imponiendo a la autoridad administrativa la reinstalación.

Importa tener presente el razonamiento sustancial del Tribunal federal en la ejecutoria comentada: "... no obstante que la sala responsable [la Sala Superior del TCADF]... sostuvo que no quedó acreditada la conducta que la autoridad demandada les atribuyó a los actores y que diera inicio al procedimiento administrativo de responsabilidad... la Sala Superior no resolvió congruentemente la petición primordial de los quejosos consistente en la procedencia de su reinstalación y pago de sueldos y prestaciones durante el tiempo en el que permanecieron separados de sus puestos; en otras palabras, no atendió ni analizó la interpretación dada por el Alto Tribunal a la condicionante que establece el artículo 123 constitucional... y que se refiere al cumplimiento de los requisitos que las leyes vigentes, al momento de la remoción, señalaban para permanecer en la institución policiaca en la que laboraban los ahora quejosos, así como a la posibilidad de que en ciertos casos sí pueden generarse las consecuencias ponderadas por los actores al solicitar la nulidad del acto sancionatorio."

Como lo apuntó el Tribunal Colegiado, la Sala Superior falló originalmente desconociendo la jurisprudencia federal, pero además incurrió en incongruencia ya que, por un lado aceptó en su sentencia que no había quedado demostrada la conducta de extorsión atribuida a los actores y, por otro lado, les negaba la reinstalación, sin antes haber examinado si cumplían o no los requisitos de permanencia. ¿Cómo se explica el que la Sala Superior halla resuelto así sin considerar la tesis federal? La razón de ello estriba en que, para dicha Sala Superior, debía aplicarse tajantemente la prohibición de reinstalar a un policía en el puesto que desempeñaba. Otra razón sería considerar que la Sala Superior posee una política interpretativa no escrita que tiende a negar la reinstalación a los policías que hayan sido destituidos por faltas graves, tales como lesionar o asaltar a un ciudadano, intentar extorsionarlo o consumir enervantes. Los precedentes aquí narrados ejemplifican cómo la Sala Superior intenta, en algunos casos, introducir matizaciones a los criterios de los tribunales federales, optando por una interpretación contraria a la obligatoria en términos legales.

Cuando examinemos la dimensión que hemos designado "precedente contra el precedente" en la sección 3.3.3 tendremos ocasión de retornar a la aplicación del artículo 123, apartado B, fracción XIII de la Constitución Federal. Lo haremos desde la perspectiva de cómo la Sala Superior varió sus propios precedentes respecto a un mismo tema en un espacio de ocho meses.

3.3.2 El contraste entre la tesis jurisprudencial y sus precedentes internos y externos

Existen ocasiones en las que las tesis de la Sala Superior del TCADF están redactadas de tal suerte que su contenido no refleja, fielmente, lo señalado en los precedentes que la conforman.

Este es el caso de la tesis número 77, publicada el 17 de diciembre de 2008 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal y cuyo contenido es el siguiente:

(Tesis 77/2008) **RECETAS MÉDICAS EXPEDIDAS POR MÉDICOS PARTICULARES, RESULTAN MEDIOS IDÓNEOS PARA JUSTIFICAR INASISTENCIAS A LAS LABORES DE LOS MIEMBROS DE LOS CUERPOS DE SEGURIDAD PÚBLICA DEL DISTRITO FEDERAL, SI LAS MISMAS SE ENCUENTRAN ADMINICULADAS CON ALGÚN OTRO MEDIO DE PRUEBA.**

De conformidad con lo que dispone el artículo 52 fracción I de la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal, el Consejo de Honor y Justicia puede destituir a aquellos elementos de los cuerpos de seguridad pública que falten injustificadamente a sus labores por más de tres ocasiones en un periodo de treinta días naturales. Cuando en el procedimiento administrativo disciplinario que tramite ese Órgano Colegiado con motivo de la presunta infracción al mencionado precepto, el incoado ofrece y exhibe una receta médica expedida por un médico particular (entendiéndose por éste el que no presta sus servicios en el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado) y dicha prueba se encuentra adminiculada con algún otro medio de convicción idóneo, en su conjunto dichos indicios pueden justificar la inasistencia de que se trate, atendiendo al contenido de los artículos 285 y 286 del Código Federal de Procedimientos Penales, de aplicación supletoria a la mencionada Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal (de acuerdo a la jurisprudencia 2ª./J. 57/2002, cuya voz dice: ‘RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS ELEMENTOS DE LOS CUERPOS DE SEGURIDAD PÚBLICA DEL DISTRITO FEDERAL. EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y, EN SU CASO, EL CÓDIGO PENAL FEDERAL, SON APLICABLES SUPLETORIAMENTE A LA LEY DE SEGURIDAD PÚBLICA DEL DISTRITO FEDERAL’), máxime si se considera que el ordenamiento legal invocado en último término, no previene disposición en contrario.

Esta tesis la invocamos anteriormente para ejemplificar un caso de invocación de una tesis jurisprudencial dentro de una del TCA DF. Ahora es oportuno examinarla a la luz del siguiente problema: ¿acontece que, por su redacción, una tesis jurisprudencial de la Sala Superior no corresponda exactamente al criterio adoptado en sus precedentes? Si ello ocurre, ¿cómo proceder?

El punto en controversia en la tesis citada es la parte que indica: “... Cuando en el procedimiento administrativo disciplinario que tramite ese Órgano Colegiado (Consejo de Honor y Justicia) con motivo de la presunta infracción al mencionado precepto, el incoado ofrece y exhibe una receta médica expedida por un médico particular... **y dicha prueba se encuentra adminiculada** con algún otro medio de convicción idóneo, en su conjunto dichos indicios pueden justificar la inasistencia de que se trate...” (Énfasis añadido)

Conforme a la fracción I del artículo 52 de la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal, todo policía que falte a sus labores por más de tres ocasiones consecutivas en un periodo de treinta días sin justificación, será destituido. Una de las formas de justificar las inasistencias es exhibiendo la licencia médica oficial expedida por el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. Otro, una receta médica suscrita por un profesionista particular. Tal y como se encuentra redactada la tesis, para que una receta médica genere convicción probatoria plena debe ser “adminiculada” con otros medios, esto es, confrontada, aumentando su potencial probatorio. El uso de la conjunción “y” en el extracto antes transcrito implica que no basta con exhibir la receta médica, sino que ésta debe compararse a otros medios de prueba a fin de considerar que resulta idónea para justificar las inasistencias. Sin embargo, la tesis jurisprudencial no especifica qué otros medios probatorios resultarían útiles.

La tesis de la Sala Superior se publicó ocho años después de que se difundieron las primeras tesis aisladas federales sobre el problema del valor probatorio de las recetas médicas. A estas tesis las designamos como “precedentes externos”, al provenir de una jurisdicción diversa a la del TCAADF.

En efecto, el primer precedente federal fue el del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. La tesis señala lo siguiente:

FALTAS DE ASISTENCIA. PUEDEN JUSTIFICARSE CON RECETA MÉDICA PARTICULAR. POLICÍA DEL DISTRITO FEDERAL.

Las Reglas para la aplicación de correctivos disciplinarios en la Policía del Distrito Federal, disponen: "Décima cuarta. Serán sancionados con arresto de 24 horas aquellos policías que incurran en cualquiera de las siguientes faltas considerables: ... XXII. No presentar la licencia médica que ampare una incapacidad dentro de las 72 horas siguientes a su expedición ..."; es decir, no establece que la única forma de justificar la inasistencia al trabajo, sea por medio de la licencia o incapacidad expedida por el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, por lo que si el peticionario de amparo exhibió receta médica expedida por un médico particular con la cédula correspondiente, en la que se le incapacita por determinado tiempo, debe tomarse en cuenta tal documento, pues ni la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal, ni las reglas citadas disponen que forzosamente deba ser una licencia médica expedida por el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, la única justificante de faltas por enfermedad, dado que se expidió por un perito en la materia (médico). (Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XI, marzo de 2000. Tesis: I. 4º.A. 307 A. Página: 991.)

El Tribunal federal concluye en dicha tesis que una receta médica particular es prueba idónea para justificar la inasistencia a las labores en las que incurra un policía, sin introducir mayores detalles. Unos meses después, en diciembre de 2000, el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito publicó una segunda tesis sobre el mismo tema, siendo ésta la siguiente:

SERVIDORES PÚBLICOS ADSCRITOS A LA SECRETARÍA DE SEGURIDAD PÚBLICA DEL DISTRITO FEDERAL. RECETAS MÉDICAS. MEDIO IDÓNEO PARA JUSTIFICAR INASISTENCIAS.

El artículo 52 de la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal (ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de julio de 1993) establece que: "Los elementos de los cuerpos de seguridad pública podrán ser destituidos por las siguientes causas: I. Faltar a sus labores por más de tres ocasiones en un periodo de treinta días naturales sin permiso o causa justificada; ...", y las Reglas para la aplicación de correctivos disciplinarios en la Policía del Distrito Federal en su numeral décimo cuarto dispone: "Serán sancionados con arresto de 24 horas aquellos policías que incurran en cualquiera de las siguientes faltas considerables: ... XXII. No presentar la licencia médica que ampare una incapacidad dentro de las 72 horas siguientes a su expedición. ...". Luego, no se advierte que tales dispositivos establezcan que la única forma de justificar las faltas al trabajo sea por medio de licencia o incapacidad expedida por el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, pues basta que se exhiba la receta médica elaborada por perito en la materia (médico), para que justifique la falta de asistencia por motivos de salud, y si el quejoso dentro del procedimiento seguido en forma de juicio que se le instauró en su contra exhibió una receta médica firmada por profesional de la materia, adminiculada con otros medios de prueba, como la ratificación de quien la realizó, número de cédula profesional, registro de salud, sumado a su historial médico, se puede concluir que la documental es prueba idónea y suficiente para concederle valor probatorio pleno y con ello justificar la falta de asistencia del agraviado a su centro de trabajo. (Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XII, diciembre de 2000. Tesis: I.9º.A.1 A.)

Por la manera en que se encuentra redactada la tesis del TCADF, tal parece que se inspiró en el segundo de los criterios federales, esto es, aquél que sostiene lo siguiente: "... si el quejoso dentro del procedimiento... exhibió una receta médica firmada por profesional de la materia, **adminiculada con otros medios de prueba, como la ratificación de quien la realizó, número de cédula profesional, registro de salud, sumado a su historial médico,** se puede concluir que la documental es prueba idónea y suficiente para concederle valor probatorio pleno..." (énfasis añadido) Para el primer Tribunal Colegiado, la sola presentación de una receta médica es suficiente, no así para el segundo Tribunal Colegiado ni tampoco, aparentemente, para la Sala Superior del TCADF. Es evidente que la tesis de la Sala Superior no impone, expresamente, los requisitos de la ratificación de firma del médico a quien se atribuye la receta o la exhibición del historial clínico. Antes bien, emplea una fórmula amplia: "... y dicha prueba (la receta médica) se encuentre adminiculada con algún otro medio de convicción idóneo..." ¿Cómo puede conocerse, con certeza, el criterio que informó la tesis jurisprudencial? Este es un problema que puede presentarse, y de hecho acontece, en el momento en que se resuelve un recurso de apelación donde los agravios se refieren, precisamente, al valor probatorio de una receta médica particular. Acudamos a sus precedentes.

En el recurso de apelación número 962/2007, mismo que constituye el primer precedente de la tesis jurisprudencial que aquí se comenta, se examinó el punto de las recetas médicas así: "...

si un documento privado –como lo es una receta médica expedida por un médico en ejercicio de su profesión de manera independiente- está adminiculado de manera directa con algún otro medio probatorio –como en el caso lo constituye la ratificación del documento privado referido recientemente, por parte del galeno quien la expidió- uno y otro hacen que se cree convicción en el juzgador en el sentido de lo que se pretende probar. Por ello, si el Consejo de Honor y Justicia...no actuó en tal tenor y, por el contrario, se dio a la tarea de valorar aisladamente los medios de convicción aportados por el hoy actor...entonces esta revisora reitera que sí existe la indebida valoración de pruebas que provocó una incorrecta apreciación de los hechos que dio lugar a la declaratoria de nulidad del acto de autoridad...” (foja dieciséis vuelta del recurso citado)

En el segundo de los precedentes, el recurso de apelación número 1875/2007, la Sala Superior invocó la tesis federal aislada que hemos citado en segundo lugar, esto es, la que reconoce que una receta médica puede generar convicción plena en el juzgador si se “adminicula” con otros medios de prueba, como la ratificación del médico y la exhibición del historial clínico. Así, postula dicha Sala lo siguiente: “Esta Sala Superior considera que el agravio a estudio resulta infundado, ya que en forma acertada la Sala de primera instancia procedió a declarar la nulidad de la resolución impugnada, porque la enjuiciada sólo otorga el carácter de indicio a la receta médica e historial médico... dejando de considerar que... éstas fueron ratificadas en la audiencia correspondiente por el médico que las expidió quien se identificó con cédula profesional número..., razón por la que los documentos de referencia ya no constituyen meros indicios, sino pruebas idóneas y suficientes con valor probatorio pleno para justificar la falta de asistencia al centro de trabajo...” (fojas nueve vuelta y diez frente del precedente)

Como hemos podido apreciar, los dos primeros precedentes examinados consideran que una receta médica particular tendrá valor probatorio pleno si es ratificada por el médico que la emitió, quien deberá identificarse plenamente. Asimismo, si el policía acredita que, además de la ratificación, exhibió su historial clínico, ello aumenta el grado de convicción de la prueba documental. La pregunta que conviene hacernos ahora es: ¿porqué la Sala Superior aprobó la tesis jurisprudencial número 77 sin referencia alguna a los otros medios de prueba idóneos, como la ratificación de la firma del médico, la presentación del historial clínico o la exhibición de la cédula profesional?

Los tres precedentes restantes reiteran lo ya señalado en los anteriores, refiriéndose todos a la ratificación de firmas y a la presentación del historial clínico. Como ha quedado sentado, la Sala Superior aprobó la tesis número 77 sin referencia a estos medios de convicción que, en los cinco precedentes, fueron invocados como medios relevantes para aumentar la fuerza probatoria de las recetas médicas. ¿Puede tal hallazgo justificarse de alguna forma?

La Sala Superior, al aprobar la tesis 77, optó por una redacción genérica en la que se reconoce que una receta médica tendrá mayor valor probatorio en tanto se asocie a otros “medios de

convicción idóneos”, sin puntualizar cuáles o, al menos, omitiendo referirse tanto a la ratificación de la firma del médico que expidió la receta como al historial clínico del paciente. En suma, la Sala Superior abre el abanico de posibilidades de prueba al referirse *a cualquier medio de convicción* “idóneo”. Existe, luego, un contraste entre el texto de la tesis y sus precedentes. Estos últimos precisan el tipo de pruebas que debe ofrecer un policía para justificar sus inasistencias en tanto que la tesis reconoce la posibilidad de utilizar un número indeterminado de pruebas.

En su tesis, la Sala Superior empleó una redacción que se encuentra a medio camino entre la primera tesis federal aquí reseñada y la segunda, ambas publicadas en el año dos mil. Sin aceptar que la sola presentación de una receta genere, por sí mismo, fuerza probatoria plena, tampoco limita el tipo de medios que pueden aumentar la convicción de que las inasistencias se debieron a causas de salud. Este es un caso en el que la jurisprudencia de la Sala Superior, lejos de seguir fielmente las tesis federales, introduce un matiz, *incluso respecto a sus propios precedentes*, permitiendo que los proyectos que se inspiren en dicha jurisprudencia ponderen otros medios de prueba que puedan aportarse para aumentar el valor de una receta médica, incluso los que no guarden relación con el historial clínico del policía destituido.

Como puede apreciarse de lo aquí expuesto, la tarea interpretativa que realiza una tesis jurisprudencial no culmina con su publicación. Es sabido que una tesis existe para facilitar la solución de múltiples casos futuros. Con todo, la tesis puede ser, ella misma, objeto de interpretación y de argumentación, a semejanza de lo que ocurre con la ley. Esto sugiere, de entrada, repensar la fuerza obligatoria de la jurisprudencia más allá de lo dispuesto en la Ley de Amparo o de la jerarquía que ocupa el tribunal que la emite. Sin que necesariamente nos separemos de su obligatoriedad formal, lo que sugieren nuestras observaciones al analizar tesis como la número 77 es que la obligatoriedad de un criterio depende, también, de su razonabilidad, lo que abre las puertas a la argumentación.

3.3.3 El precedente contra el precedente

En la sección 3.3.1 presentamos un caso de enfrentamiento entre la jurisprudencia federal y algunos precedentes de la Sala Superior del TCADF. Con ello ilustramos el modo en que dicha Sala Superior se aparta de la jurisprudencia federal en casos excepcionales. Asimismo, en esa sección anticipamos una hipótesis: cuando la Sala Superior decide apartarse de una tesis jurisprudencial federal, como en el caso de la número 2ª./J.79/2002 analizada en dicha sección, es porque *sostiene una cierta política interpretativa que sirve como fundamento para la decisión*. Ahora bien, ¿de qué manera se realiza tal oposición en el campo de los propios precedentes del TCADF?

Para responder a la pregunta antes formulada, hemos de considerar en esta sección varios precedentes en los que la Sala Superior se pronunció respecto a un problema: *¿deben o no ser reinstalados los policías que obtengan una sentencia del TCADF que declare la nulidad de la resolución que los destituyó?* Para ello, seleccionamos precedentes fallados dentro de un periodo de casi un año, entre los meses de octubre de dos mil ocho y septiembre de dos mil nueve. La pregunta considera lo dispuesto por el artículo 123, apartado B, fracción XIII de la Constitución Federal que, como advertimos en la sección 3.3.1, fue reformado en junio de dos mil ocho. La reforma introdujo la prohibición de reinstalar a cualquier policía que hubiese sido destituido de su puesto, incluso cuando hubiese ganado un juicio. Esta cuestión parecería ir en contra de lo que, normalmente, ocurre en el caso de trabajadores separados de sus funciones que ganan un proceso. En efecto, en materia laboral cuando el trabajador demuestra que el patrón fue responsable de su despido, se le impone la reinstalación del trabajador. Sin embargo, cuando se trata de policías, ello no ocurre así a partir de la reforma citada.

La disposición constitucional aprobada en junio de dos mil ocho es clara respecto a prohibir la reinstalación. Ello no impidió que, desde el verano de dos mil ocho -momento en que comenzaron a resolverse varios recursos de apelación vinculados al tema-, surgiera la siguiente pregunta: *¿debe prevalecer la regla tajante de negar la reinstalación a los casos de policías destituidos con anterioridad a la reforma de dos mil ocho? ¿Se violarían derechos adquiridos de los policías que hubiesen iniciado sus juicios en contra de las destituciones que les impusieron antes de la publicación de la reforma constitucional, en caso de dictar sentencias que negaran la reinstalación? ¿Tiene sentido hablar de la aplicación “retroactiva” de disposiciones constitucionales?*

A estas cuestiones cabe adicionar otra de gran trascendencia. Antes de la reforma, el texto del artículo 123, apartado B, fracción XIII de la Constitución Federal ya establecía que no procedería ordenar la reinstalación de un policía destituido que ganase un proceso, limitándose a decretar el pago de una indemnización. Sin embargo, la SCJN interpretó la versión previa a la reforma de junio de dos mil ocho en la tesis 2ª./J.79/2002 citada en el apartado 3.3.1. En dicha tesis se precisa que la negativa a reinstalar *no es absoluta ni tajante*. Antes bien, el órgano jurisdiccional debe ponderar si el policía reunía o no los requisitos que las leyes especializadas preveían para permanecer en su puesto en el momento de su baja. Una vez que el tribunal realizara la ponderación respectiva y que, en su caso, concluyese que el policía no cumplía con dichos requisitos, entonces cabría negar la reinstalación. Con esta interpretación la SCJN buscaba lograr un equilibrio entre el derecho al trabajo del policía y el interés de la sociedad de contar con una policía eficiente. Apunta la SCJN en dicha tesis lo siguiente: “... de no estimarlo así se propiciaría no sólo que se presenten remociones arbitrarias e injustas, sino también que pudieran quedar fuera de las instituciones policíacas los buenos elementos.”

⁷⁴ Esta interpretación, de corte garantista, permitió que en muchos casos se obtuviese la reinstalación.

En la sección 3.3.1 examinamos dos ejecutorias de amparo directo relacionadas con la reinstalación de policías. En ellas se determinó que la Sala Superior había desconocido la jurisprudencia federal, además de negar la reinstalación de los quejosos sin fundamento suficiente.

En el amparo directo número 389/2008, relacionado con el recurso de apelación número **4994/2008**, el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito hizo notar a la Sala Superior que, en su sentencia, había desconocido la tesis jurisprudencial número 2ª./J.79/2002, la cual establece que deben ponderarse los requisitos de permanencia en el puesto de policía, lo que impone examinar lo previsto en la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal (notablemente, los artículos 16, 17 y 26 de dicho ordenamiento). Una segunda ejecutoria, la emanada del amparo directo número 374/2008 (y relacionada con los recursos de apelación números **6984/2008** y **7446/2008**) reiteró esa conclusión.

Del análisis de las primeras ejecutorias recibidas por el TCADF sobre el tema se concluye lo siguiente: 1) la Sala Superior del TCADF desconoció la tesis federal número 2ª./J.79/2002, pese a ser obligatoria y aplicable; 2) la Sala Superior incurre en violación al principio de congruencia que rige a las sentencias cuando, por una parte, declara que no se probó la responsabilidad atribuida a un policía y, por otra parte, niega la reinstalación, sin haberse pronunciado respecto a los requisitos que debían cubrir los policías para permanecer en sus cargos en el momento de su destitución; 3) la ponderación de los requisitos de permanencia favorece un equilibrio entre el interés público y el interés de un policía destituido a probar su no responsabilidad y exigir la reinstalación (como sucede normalmente, de hecho, en los casos de trabajadores despedidos injustificadamente). Es importante destacar que ambos Tribunales Colegiados dejaron en libertad al TCADF de decidir si, una vez aplicada la tesis jurisprudencial, procedía decretar la reinstalación de los policías destituidos.

⁷⁴ Un ejemplo de un requisito de permanencia es el previsto en la fracción VI del artículo 26 de la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal: para ingresar y permanecer en una corporación policíaca del Distrito Federal, el policía deberá demostrar que no consume sustancias psicotrópicas o enervantes. Si a un policía se le inició un procedimiento por haber resultado positivo en un examen de detección de drogas de abuso ordenado por sus superiores jerárquicos, entonces se entiende que deja de cumplir con el requisito señalado en el momento en que se emite una resolución administrativa de destitución que adquiera firmeza legal.

Considerando que, en ninguna de las ejecutorias descritas, se impuso a la Sala Superior que debía forzosamente decretar la reinstalación a favor de los promoventes, ésta decidió así: 1) al resolver nuevamente el recurso de apelación número 4994/2008 confirmó la sentencia impugnada, lo que entrañó validar la declaración de nulidad para el efecto de que el actor fuese reinstalado en su puesto de policía (no se comprobó la conducta de extorsión por la que fue destituido y, por tanto, cumplió los requisitos de permanencia); 2) al resolver los recursos de apelación números 6984/2008 y 7446/2008, la Sala Superior concluyó que no cabía decretar la reinstalación solicitada por los promoventes. Ello, pese a que, en este caso como en el anterior, se estaba ante el mismo tipo de conducta que motivó la destitución (extorsión) y ante el cumplimiento de una ejecutoria cuyos lineamientos fueron iguales a la primera (aplicar la tesis federal 2ª./J.79/2002, previa valoración de los requisitos de permanencia).

Si bien, en el segundo de los ejemplos invocados, no se acreditó la conducta de extorsión, la Sala Superior negó la reinstalación. Fundó su decisión en el texto vigente a partir de junio de 2008 del artículo 123, apartado B, fracción XIII de la Constitución Federal. Es decir, la Sala Superior decidió aplicar el nuevo texto, *pese a que la jurisprudencia número 2ª./J.79/2002, citada en la ejecutoria, interpretó el anterior*. Ante la libre jurisdicción, en dos casos relacionados con policías destituidos por extorsión, la Sala Superior falló contradictoriamente, una confirmando la sentencia que había impuesto la reinstalación, otra modificando la sentencia impugnada y negándola, aplicando incluso la nueva versión de la Constitución Federal en el artículo que aquí se comenta.

De lo antes descrito trasluce cómo, a pesar de que la Sala Superior se ve compelida a cumplir las ejecutorias de los tribunales federales, con base en la libertad de jurisdicción es posible que decida contradictoriamente dos recursos de apelación que poseen entre sí semejanzas relevantes. Ahora bien, conviene resaltar que *la controversia no finalizó con esos casos*, aprobados en los meses de febrero y marzo de dos mil nueve. En sentencias posteriores la Sala Superior siguió ocupándose del tema de la reinstalación. Como veremos, el problema central siguió siendo el mismo, qué decidir en los casos relacionados con policías destituidos que exigen la reinstalación y lograron demostrar la ilegalidad de su baja. En sus precedentes la Sala Superior mostrará variaciones cualitativas, describiendo un campo de confrontación entre sus propios precedentes en búsqueda del establecimiento de un criterio interpretativo uniforme. A continuación examinaremos en detalle una serie de precedentes fallados a partir de la primavera de dos mil nueve.

En sesión del día dieciocho de marzo de dos mil nueve, la Sala Superior resolvió los recursos de apelación números **4314/2008** y **4575/2008**. La sentencia se emitió en cumplimiento a la ejecutoria emitida por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito en el amparo directo número 349/2008. El juicio fue iniciado por un policía que resultó destituido por faltas a sus labores. En primera instancia, se declaró la nulidad lisa y llana de la resolución, ordenando a la autoridad administrativa que “dejara insubsistente la resolución” (sic). Nótese que la Sala de primera instancia omitió precisar, expresamente, que

las autoridades responsables quedaban obligadas a eliminar la sanción de destitución, reinstalar al actor y pagarle sueldos caídos.

Al resolver los recursos por primera vez el uno de octubre de dos mil ocho, la Sala juzgadora declaró que no era procedente decretar la reinstalación “...toda vez que conforme a lo dispuesto por el artículo 123 apartado B, fracción XIII de la Constitución Federal, dispone que, entre otros, los miembros de las instituciones policiales... podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones o removidos por incurrir en responsabilidades en el desempeño de sus funciones, y aún cuando la autoridad jurisdiccional resolviere que esa separación... fue injustificada, en ningún caso el Estado está obligado a reinstalarlo en el puesto que venía desempeñando...” (foja quince vuelta de la sentencia de uno de octubre de dos mil ocho emitida en los recursos de apelación números 4314/2008 y 4575/2008). En este caso, la Sala Superior aplicó expresamente *la nueva versión del artículo constitucional*, la cual no deja lugar a dudas respecto a la prohibición de reinstalar. Al hacerlo, evitó tener que analizar las reglas previstas para la permanencia de los elementos policiales, así como la tesis jurisprudencial número 2ª./J.79/2002. Evidentemente, esta decisión fue impugnada por el actor a través del amparo directo, el cual obtuvo.

El Tribunal federal que conoció del amparo señaló, en síntesis, lo siguiente: 1) la Sala Superior no debió modificar los efectos de la nulidad obtenida por el actor en primera instancia, los cuales conducían a la reinstalación (se violentó el principio de *non reformatio in peius*, que prohíbe agravar la condición de una persona conforme a lo fallado en primera instancia); 2) para determinar la aplicación del texto del artículo constitucional citado a un caso en el que deba proveerse sobre la reinstalación ha de atenderse a la fecha en que un tribunal resuelva si la destitución fue o no ilegal; 3) para imponer la destitución del actor, la autoridad no ponderó los requisitos que prevé la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal para la permanencia en el cargo, por lo que no debieron invocarse por la Sala Superior.

Al cumplir la ejecutoria, en sesión del dieciocho de marzo de dos mil nueve la Sala Superior confirmó la sentencia en la que se declaró la nulidad lisa y llana de la resolución. Siguiendo lo fijado por el tribunal federal, optó por afirmar que era innecesario modificar la nulidad, ya que la Sala de primera instancia ordenó dejar sin efectos el acto administrativo, lo que comprende “lógicamente” la reinstalación, aún cuando no se haya ordenado expresamente. En este caso, la ejecutoria acotó drásticamente las posibilidades de la Sala Superior, la cual no pudo introducir matices al habersele indicado que no puede variar una sentencia en la que el promovente obtuvo una declaración de nulidad lisa y llana, la cual entraña el que se le reponga en el goce de todos sus derechos.⁷⁵

⁷⁵ Importa notar, también, la distinción que realizó el Tribunal federal respecto a las causas de destitución y a los requisitos para permanecer en el cargo de policía. En el ámbito de la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal, los policías pueden ser destituidos si incurren en las

En la misma sesión plenaria en la que se cumplió la ejecutoria antes descrita la Sala Superior resolvió otros dos recursos de apelación, los números **10914/2008-10966/2008** y **7204/2008**, ambos referidos al tema de la reinstalación. El primero tiene relación con un policía que fue destituido por haber despojado a un ciudadano de dinero y objetos personales. El segundo se refiere a un policía destituido por haber consumido sustancias solventes al interior del agrupamiento en el cual estaba destacado. Al resolver el primer asunto, la Sala Superior decidió modificar los efectos de la declaración de nulidad, decretando la *no reinstalación*. Con la experiencia de las ejecutorias cumplidas unas semanas antes, la Sala Superior efectuó la ponderación de los requisitos de permanencia siguiendo esta metodología: 1) describe la conducta o infracción cometida por el promovente en tiempo, modo y lugar; 2) invoca el texto del artículo 123, apartado B, fracción XIII de la Constitución Federal vigente en el año en que se cometió la infracción; 3) cita y aplica la tesis federal número 2ª./J.79/2002; 4) efectúa la ponderación de los requisitos de permanencia previstos en la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal; 5) decide si procede o no decretar la reinstalación.

Por su parte, en el recurso de apelación número **7204/2008** se modificaron los efectos de la declaración de nulidad, a fin de negar la reinstalación solicitada por el promovente del juicio de nulidad. Análogamente a lo observado en los recursos antes examinados, en la sentencia recaída en el recurso número 7204/2008 se invocó la tesis federal número 2ª./J.79/2002. La Sala Superior precisó que no cabía la reinstalación ya que el actor incumplió lo dispuesto por el artículo 52, fracción VII de la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal, vigente en el año de mil novecientos noventa y ocho. Dicho precepto establecía (como hasta hoy) que será causa de destitución de un policía el que consuma estupefacientes durante el servicio. Para robustecer esta conclusión, se precisó que el actor no logró aportar pruebas idóneas que demostrasen su dicho, a saber, que no consumió solventes durante el desempeño de sus labores y al interior del agrupamiento en el que se encontraba adscrito.

causales previstas en el artículo 52 de dicho ordenamiento. Pueden citarse, como ejemplos, los siguientes: faltar injustificada y reiteradamente a las labores; incurrir en faltas de probidad; asistir a las labores en estado de ebriedad, bajo el influjo de drogas y consumirlas en el empleo, entre otros. En cambio, para ingresar y permanecer en la policía del Distrito Federal, hay que considerar los principios y criterios fijados en los artículos 16 y 17 de la citada Ley: respeto de la legalidad y los derechos humanos; desempeñar con honradez el cargo; usar el equipo con prudencia; etcétera. Finalmente, conviene tener presente que, en esta ejecutoria, se añade un criterio interpretativo nuevo que podría resultar relevante en el futuro. En efecto, ante la pregunta de cuál es la versión del artículo 123, apartado B, fracción XIII de la Constitución Federal aplicable a un caso, el Tribunal federal responde que es la que se encuentre vigente *en el momento en que el TCADF emita una sentencia en la que establezca si la destitución fue legal o no*. Esta solución, al parecer, ignora lo señalado por la propia Constitución en el artículo invocado el cual impone considerar, como texto aplicable, el que se encuentre vigente *en el momento de incurrir en la conducta infractora*.

A diferencia de los primeros precedentes votados en el otoño de dos mil ocho, en los resueltos en marzo de dos mil nueve se advierte una adaptación parcial de los lineamientos fijados por los tribunales federales. Decimos parcial, ya que de cualquier modo la Sala Superior ejerce discrecionalidad para juzgar si, en ciertos casos, cabe negar la reinstalación, conforme a su interpretación de la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal y los antecedentes de cada caso. Efectuando una síntesis de las estrategias seguidas por la Sala Superior entre octubre de dos mil ocho y marzo de dos mil nueve, se concluye lo siguiente:

a) Puede aplicar, como lo ha hecho, la reforma al artículo 123, apartado B, fracción XIII de la Constitución Federal, aprobada en junio de dos mil ocho, la cual niega la posibilidad de reinstalar y torna inútil evaluar los requisitos de permanencia. Al hacerlo así, juzga *todos los casos* a la luz de la versión reformada en dos mil ocho, con independencia de si las resoluciones de destitución se emitieron antes o después de dicha reforma y de cuál haya sido la conducta que motivó la baja. Asimismo, descarta la aplicación de la tesis jurisprudencial número 2ª./J.79/2002. Con el tiempo, esta estrategia tiende a ser poco utilizada, en razón de las ejecutorias recibidas en el TCADF provenientes de los Tribunales federales que otorgaron amparos a varios policías;

b) Puede examinar si el promovente del juicio de nulidad cubría o no los requisitos de permanencia en el puesto. Siguiendo esta estrategia, que tiende a ser la predominante a lo largo del tiempo, la Sala Superior se reserva la posibilidad de replantear los efectos de la declaración de nulidad, notablemente en lo tocante a la reinstalación. Asimismo, sigue los lineamientos de la tesis número 2ª./J.79/2002, comúnmente invocada en las ejecutorias recibidas en el TCADF en la primavera de dos mil ocho;

c) Asimismo, puede centrar su atención en el hecho de si el actor logró o no desvirtuar la imputación que se le formuló, considerando la gravedad de la conducta que se le atribuyó.

En el recurso de apelación número **8214/2008** resuelto el uno de abril de dos mil nueve, la Sala Superior vuelve a modificar los efectos de la sentencia de primera instancia, *negando la reinstalación*. Para lograrlo, se sirve de la estrategia del análisis de los requisitos de permanencia. Asimismo, y para robustecer su conclusión, afirma que los promoventes no desvirtuaron los cargos de extorsión que les fueron atribuidos. A diferencia de otros precedentes sobre el mismo tema, en este la Sala Superior tiene cuidado de no aplicar la versión reformada del artículo 123, apartado B, fracción XIII de la Constitución Federal. Así, la primera estrategia antes descrita, la de aplicar la nueva versión del texto constitucional, tiende a perder espacio frente a las demás, acordes a las ejecutorias recibidas en la primavera de dos mil nueve. De nueva cuenta, la tesis federal número 2ª./J.79/2002 sirve a la Sala Superior para ponderar la viabilidad de ordenar la reinstalación.

En contraste con el precedente anterior, el siete de julio de dos mil nueve la Sala Superior resolvió los recursos números **114/2009-154/2009**, modificando la sentencia de primera instancia a fin de *otorgar la reinstalación solicitada por el actor*, ahora apelante. En efecto, el actor manifestó que la Sala ordinaria fue incongruente al declarar la nulidad, ya que determinó que debía reponerse el procedimiento, siendo que el vicio que condujo a la nulidad fue la incompetencia de uno de los funcionarios que instruyó el procedimiento en su contra. En el considerando IV de la sentencia la Sala Superior no se refiere, como sí lo hizo en otros asuntos de manera sistemática, a la jurisprudencia federal número 2ª./J.79/2002. Antes bien, plantea que si una resolución proviene de un procedimiento instruido por una autoridad incompetente, ello conduce a declarar la nulidad lisa y llana del acto administrativo, con la consecuencia de ordenar la reinstalación, entre otras prestaciones. En el caso, es relevante notar que la conducta atribuida al policía destituido fue la de faltar injustificadamente a sus labores, es decir, una conducta que podría estimarse “menos grave” que el robo, la extorsión o el consumo de enervantes.

A partir de abril, la Sala Superior comienza a hacer explícita una estrategia complementaria a la de examinar los requisitos de permanencia. En efecto, para determinar si procede o no reinstalar, la Sala Superior mostrará una especial sensibilidad respecto al tipo de conducta que condujo a la destitución del policía. Lo sorprendente de este criterio es que, a pesar de que un policía aporte pruebas suficientes que demuestren su no responsabilidad, la Sala Superior tenderá a considerar únicamente lo dicho por la autoridad, negando la reinstalación y el pago de salarios caídos. Esta tendencia es palpable a partir del mes de abril de dos mil nueve y se registra, por lo menos, hasta octubre de ese año, momento en que detuvimos nuestras observaciones. Este criterio lo designamos *criterio sobre la gravedad de la conducta*. Este último tenderá a ser el criterio prevaleciente, notablemente a partir del verano de dos mil nueve, ocupando un segundo lugar el de los requisitos de permanencia (fundados en la tesis número 2ª./J.79/2002). De hecho, analizar los requisitos de permanencia servirá, en los hechos, esencialmente para justificar la negativa de reinstalar en casos donde las conductas sean consideradas “graves” por la Sala Superior, como cuando un policía es destituido por extorsión, robo o consumo de enervantes.

Con el paso del tiempo se conforma un “catálogo” de precedentes en donde el observador puede advertir ciertas tendencias dominantes. Por tanto, si bien la Constitución y la jurisprudencia son, incuestionablemente, referencias normativas, del examen de los precedentes sobre el tema de la reinstalación advertimos que **no son las únicas fuentes que orientan la decisión**. Al lado de ellas opera la discrecionalidad valorativa basada en premisas implícitas tales como: “es mejor tolerar la reinstalación de un policía presumiblemente faltista que la de uno cocainómano (o extorsionador, o violador, u homicida, etcétera), aún cuando haya demostrado la ilegalidad del procedimiento y la resolución que lo sancionó”.

Un ejemplo de cómo opera el criterio de la gravedad de la conducta es el recurso de apelación número 4564/2009 aprobado en sesión del día doce de agosto de dos mil nueve. En la especie, la Sala de primera instancia declaró la nulidad para el efecto de que se repusiera el procedimiento, emitiendo un nuevo acto en el que se valoraran las pruebas presentadas por el actor. Sin embargo, éste apeló solicitando que se revocara la sentencia, lo cual hizo la Sala Superior. Finalmente, decidió declarar la nulidad, esta vez apoyándose en el hecho de que el actor demostró que faltó a sus labores justificadamente, al haber exhibido licencias médicas del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado (ISSSTE). En este caso, declaró la nulidad lisa y llana de la resolución, ordenando que se reinstalara al actor y se le pagaran sueldos caídos. Como podemos apreciar, en este asunto no se citó la jurisprudencia. Asimismo, tampoco se analizaron los requisitos de permanencia a pesar de que el artículo 123, apartado B, fracción XIII de la Constitución Federal, en su versión anterior a la reforma de dos mil ocho, así lo establecía como condición para ponderar si cabía o no reinstalar. Es evidente que, en este caso, la Sala Superior adoptó un criterio diverso: el de ponderar el tipo o gravedad de la conducta atribuida al policía destituido para, con base en ella, decidir si analiza los requisitos de permanencia o no. En suma, en este caso consideramos que la Sala Superior omitió pronunciarse respecto a lo previsto por la Constitución Federal en razón de que, en su concepto, las faltas justificadas de un policía son suficientes para anular una resolución e imponer la reinstalación.

Una semana después, en la sesión plenaria de fecha diecinueve de agosto de dos mil nueve, la Sala Superior establece otro precedente, esta vez relacionado con un policía destituido por haber sido sorprendido con aliento etílico estando en servicio. Se trata de los recursos de apelación acumulados números 4032/2009-4303/2009. La Sala de primera instancia declaró la nulidad de la resolución administrativa para el efecto de que se repusiera el procedimiento, ordenándose a la autoridad que valorara las pruebas ofrecidas por el actor. Sin embargo, éste y la autoridad apelaron la sentencia. El primero, exigiendo que se revocara y entrara al fondo de otros argumentos, ordenándose que se le reinstalara. La autoridad, por su parte, afirmó que sí valoró las pruebas. La sentencia de primera instancia se revoca y la Sala Superior declara la nulidad por haber prescrito las facultades de la autoridad administrativa para sancionar al actor. Sin embargo, niega la reinstalación, invocando la versión reformada en dos mil ocho del artículo 123, apartado B, fracción XIII de la Constitución Federal. Si habían prescrito las facultades de la autoridad, lo lógico era que se declarara una nulidad lisa y llana, trayendo como consecuencia la reinstalación. Sin embargo, la Sala Superior lo niega aplicando la versión reformada, a pesar de que la conducta fue cometida con anterioridad al año de dos mil ocho. Si confrontamos este precedente con el anterior, es evidente que se siguen criterios distintos en razón de la gravedad de la conducta. Si es un policía que justifica sus faltas, se ordena la reinstalación. Si se trata de un policía que bebe alcohol en sus horas de trabajo, entonces se debe negar, para lo cual puede usarse la estrategia de aplicar la versión reformada del artículo constitucional citado. Esto no se dice en ninguno de los dos precedentes aquí comparados, pero constituye una razón implícita que los opone.

En la misma sesión de fecha diecinueve de agosto de dos mil nueve se resolvió el recurso de apelación número 10504/2008 (relacionado con el amparo directo 211/2009). Este recurso ya

había sido resuelto en febrero de dos mil nueve. En esa ocasión, la Sala Superior confirmó la resolución de primera instancia que negó la reinstalación en un caso donde la destitución se debió a que el actor resultó positivo al consumo de marihuana. Ello, pese a que el actor, en el recurso de apelación, señaló que no cabía aplicar en su perjuicio la nueva versión del artículo 123, apartado B, fracción XIII de la Constitución Federal. En este caso, el Tribunal Colegiado que conoció del amparo directo incorporó un argumento nuevo. Si en su resolución la autoridad administrativa funda la destitución en una razón distinta a los requisitos para permanecer en el puesto de policía, la Sala Superior no tiene por qué entrar de oficio a su examen con el fin de justificar la no reinstalación. Este argumento impidió a la Sala Superior apelar a la conocida estrategia de utilizar la jurisprudencia número 2ª./J.79/2002. Recordemos que, hasta entonces, dicha tesis había servido para justificar la negativa a reinstalar en casos donde las conductas que condujeron a la destitución son calificadas como “graves” por la Sala Superior. Advertamos, también, que tal calificación es implícita, atendiendo a la forma en que resuelve casos comparables a lo largo del tiempo en diversos precedentes, como los que hemos descrito.

Como corolario de la serie de precedentes que hemos expuesto, y a fin de demostrar la hipótesis planteada al inicio de esta sección, valga citar los recursos de apelación números 1234/2009 y 3804/2009. El primero fue resuelto en sesión del día dos de septiembre y el segundo el día nueve de septiembre, ambos de dos mil nueve. Se trata de dos ejemplos que ilustran, nuevamente, la pugna entre precedentes de la propia Sala Superior en búsqueda incesante por encontrar un criterio fijo de decisión. En el primer caso, se está ante un policía que fue destituido por haber sido declarado culpable de homicidio culposo. En el segundo, de un policía que resultó positivo a cocaína en un examen toxicológico. Recuérdese que, en principio, ateniendo a los precedentes la Sala Superior mostraba una tendencia a ordenar la reinstalación cuando se estuviera ante destituciones generadas por faltas a las labores. Si el policía justificaba dichas faltas, era razonable, según los precedentes de la Sala Superior, ordenar la reinstalación (recuérdese el precedente número 4564/2009 resuelto en agosto de dos mil nueve). Sin embargo, en el recurso número 1234/2009 no ocurrió así: en lugar de confirmar la nulidad para el efecto de que se reinstalara, tal y como lo hizo la Sala de primera instancia, la Sala Superior *modificó* la nulidad, con el fin de negarla. En este caso, siguió la estrategia de evaluar los requisitos de permanencia, concluyendo que el actor, *al haber sido procesado y condenado penalmente*, había infringido los deberes que le imponían los artículos 16 y 17 de la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal para permanecer en el puesto, cuales eran el respeto a los derechos humanos, así como evitar violentar las disposiciones legales.

En el precedente antes descrito la Sala Superior muestra, esta vez con mayor fuerza, que el criterio rector es el de la gravedad de la conducta. Ello, independientemente de que el actor no apeló por haber obtenido una nulidad que imponía la reinstalación. Al parecer, aquí la Sala Superior dejó de lado el principio de *non reformatio in peius*, pronunciándose por una modificación que perjudicó al enjuiciante. Para justificar la modificación, evalúa los requisitos de permanencia. Ahora bien, en el recurso número 3804/2009 resulta más palpable el predominio, hacia fines del verano de dos mil nueve, del citado criterio de la gravedad de la

conducta. En dicho recurso, interpuesto por la autoridad, *nunca se hace mención del artículo 123 constitucional*. En el agravio único tampoco se pide modificar la sentencia para negar la reinstalación que había otorgado la Sala de primera instancia. Sin embargo, a pesar de tales limitaciones, *la Sala Superior modifica la sentencia y niega la reinstalación*. De nueva cuenta, se sirve del análisis de los requisitos de permanencia, en particular lo dispuesto por la fracción VI del artículo 26 de la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal, el cual condiciona el ingreso y permanencia de los policías al hecho de no consumir sustancias estupefacientes, como la cocaína encontrada en la orina del actor.

En síntesis de todo lo aquí expuesto, queda en evidencia que la Sala Superior, en el caso de la reinstalación de policías, ha observado criterios divergentes en numerosos precedentes fallados entre los meses de octubre de dos mil ocho y septiembre de dos mil nueve. Esta divergencia muestra, con gran viveza, la manera en que la Sala Superior intenta cumplir, con enorme dificultad, el imperativo de respetar el principio de justicia formal que rige al precedente, el cual exige que se traten igual casos semejantes. Pone en evidencia, ciertamente, el peso de los componentes ideológicos de quienes forman el Pleno de la Sala Superior, oscilando entre la búsqueda de una razón universal que rijan estos casos y la lógica del “caso por caso”, suscitando incertidumbre en los justiciables.

Evaluar la gravedad de la conducta pone a la Sala Superior en el lugar de la autoridad administrativa, ya que es ella y no ésta última quien decide sobre la responsabilidad de un policía. Lo anterior, con independencia de lo que establecen la Constitución Federal, la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal y la jurisprudencia. En suma, a través de sus precedentes la Sala Superior genera una teoría interpretativa en torno a lo que significa ser un “buen o mal policía” aún cuando, por supuesto, no lo haga expreso en sus consideraciones jurídicas. El criterio de la gravedad de la conducta es un claro ejemplo de cómo los precedentes de la Sala Superior interpretan la Constitución Federal y las leyes en un ejercicio de discrecionalidad evidente.

La controversia pareció tocar fin cuando, en el mes de julio de dos mil diez –a dos años de haber iniciado la polémica interpretativa-, el Pleno de la SCJN aprobó una tesis jurisprudencial con la que se definió la cuestión.⁷⁶ En dicha tesis se precisa que ningún policía puede considerar que tenía un derecho adquirido a ser juzgado conforme al texto del artículo 123, apartado B, fracción XIII de la Constitución Federal anterior a la reforma de dos mil ocho. Conforme al texto anterior, existía la posibilidad de interpretarlo en el sentido de imponer la reinstalación a la autoridad que hubiese resultado responsable de la baja ilegal de un policía.

⁷⁶ La tesis es la número 102/2010 y fue emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis número 21/2010. El caso fue resuelto por mayoría de cuatro votos, siendo ponente y disidente el Ministro Luis María Aguilar Morales. La tesis se publicó en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta en el mes de julio de dos mil diez, visible en la página 309.

Sin embargo, a partir de la reforma de dos mil ocho a dicho precepto constitucional, ello no resulta posible. Así, queda cerrada la puerta para que todos los policías, sean aquéllos que iniciaron sus juicios antes de la reforma o quienes lo hicieron con posterioridad, no puedan obtener la reinstalación de sus puestos:

SEGURIDAD PÚBLICA. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN XIII, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008, EN LA SENTENCIA QUE RESUELVE EL JUICIO EN EL QUE SE IMPUGNA LA REMOCIÓN DE UN POLICÍA CESADO ANTES DE SU VIGENCIA, NO ES RETROACTIVA SI SE DICTA CUANDO YA ENTRÓ EN VIGOR.

Conforme al citado precepto constitucional, anterior al decreto de reforma aludido, los miembros de las corporaciones policiacas cesados no tendrían derecho a su reinstalación salvo que en el juicio en el que se combatiera la baja demostraran que no dejaron de cumplir con los requisitos de permanencia exigibles, de donde se sigue que dichos servidores, por el simple hecho de haber sido cesados, no tenían incorporado a su esfera jurídica el derecho a la reinstalación, pues éste nacería cuando se dictara la sentencia en la que se determinara que el cese fue injustificado. En congruencia con lo anterior, si durante la tramitación del juicio entró en vigor el mencionado decreto conforme al cual no procede la reinstalación de los policías, es claro que el artículo 123, apartado B, fracción XIII, de la Constitución General de la República no destruyó o modificó en su perjuicio el derecho a ser reinstalados, toda vez que éste no había nacido en la medida en que estaba siendo controvertido en juicio y, por ende, su aplicación en la sentencia correspondiente no es retroactiva, pues el derecho a la reinstalación constituía una simple expectativa.

A esta tesis se sumó una segunda,⁷⁷ adoptada en la misma sesión y aprobada por mayoría de votos, la cual canceló expresamente la posibilidad de reinstalar a los policías que hubiesen sido destituidos de sus puestos:

SEGURIDAD PÚBLICA. LA PROHIBICIÓN DE REINSTALAR EN SU CARGO A LOS MIEMBROS DE LAS INSTITUCIONES POLICIALES, PREVISTA POR EL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN XIII, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE

⁷⁷ Nos referimos a la tesis jurisprudencial número 103/2010, aprobada también por la Segunda Sala de la SCJN al resolver la contradicción de tesis número 21/2010 en sesión del día veintitrés de junio de dos mil diez. Fue publicada en el SJFG del mes de julio de dos mil diez en la página 310.

JUNIO DE 2008, ES APLICABLE EN TODOS LOS CASOS, INDEPENDIEMENTE DE LA RAZÓN QUE MOTIVÓ EL CESE.

Del citado precepto constitucional se advierte que los miembros de las instituciones policiales podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos de permanencia o si incurren en responsabilidad, con la expresa previsión de que si la autoridad resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo está obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tengan derecho, sin que en ningún caso proceda su reincorporación, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido. De lo anterior se sigue que a partir de la aludida reforma la prohibición de reincorporación es absoluta, lo que se corrobora con el análisis del proceso relativo del que deriva que el Constituyente Permanente privilegió el interés general por el combate a la corrupción y la seguridad por encima de la afectación que pudiese sufrir el agraviado la que, en su caso, se compensaría con el pago de la indemnización respectiva, por lo que independientemente de la razón del cese tiene preferencia la decisión del Constituyente de impedir que los miembros de las corporaciones policíacas que hubiesen causado baja se reincorporen al servicio.

En nuestra consideración, la SCJN optó por hacer prevalecer la directriz de política pública consistente en la depuración de los cuerpos de seguridad pública por encima del derecho de un policía destituido ilegalmente a ser reinstalado. Atendiendo a la teoría de Ronald Dworkin sobre los derechos, podría pensarse que esta decisión fue equivocada si bien, en ocasiones excepcionales, el filósofo estadounidense acepta darle mayor peso a la directriz en lugar de los derechos fundamentales.

¿Canceló la tesis toda polémica en el Pleno de la Sala Superior del TCADF? De ningún modo. Pese a la fuerza normativa que poseen las tesis jurisprudenciales, en varias sesiones se observaron proyectos de resolución en los que se razonaba que debía estarse a la versión del artículo constitucional vigente en el momento de los hechos y no a la vigente en el momento de emitir la sentencia definitiva. Asimismo, en algunos de dichos proyectos se sostuvo que, cuando la nulidad de la resolución que impuso la destitución tuviese su origen en la incompetencia de la autoridad demandada o en la prescripción de facultades de dicha autoridad, se entendía que todo lo actuado quedaba privado de validez, por lo que en estos casos cabía reinstalar. Estos proyectos no gozaron de aprobación mayoritaria, abriendo la puerta a la vía institucional prevista en estos casos para manifestar la oposición: el voto particular. En suma, queda claro que una jurisprudencia, aún la proveniente de un órgano jurisdiccional superior en jerarquía, no culmina la tarea interpretativa.

3.3.4 El precedente frente a la jurisprudencia de la Sala Superior

Una cuarta dimensión del “discurso contra el discurso” es aquella en la que un precedente intenta modificar o, al menos, introducir un criterio interpretativo diverso al sostenido en una tesis jurisprudencial del TCADF. Para mostrar cómo ocurre, centremos nuestra atención en la tesis número 64/2007 (publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el diez de septiembre de dos mil siete). Su texto es el siguiente:

(TESIS 64/2007) CADUCIDAD. CUANDO SE IMPUGNA UNA RESOLUCIÓN DEFINITIVA, RECAÍDA EN UN PROCEDIMIENTO DE VISITA DE VERIFICACIÓN INICIADO DE OFICIO CON APOYO EN LA LEY AMBIENTAL DEL DISTRITO FEDERAL, RESULTA APLICABLE DE MANERA DIRECTA LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL Y, POR TANTO, OPERA LA FIGURA DE LA.- Si la parte actora impugna una resolución definitiva recaída en un procedimiento de visita de verificación iniciado de oficio y aquella hubiere sido emitida fuera del plazo de tres meses contados a partir de la última actuación administrativa, procede declarar su nulidad al haber operado la figura de la caducidad del procedimiento administrativo, prevista en el artículo 93 de la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal, aún cuando en la Ley Ambiental del Distrito Federal no esté contemplada dicha figura jurídica, ya que conforme a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley primeramente citada, las disposiciones contenidas en ésta son de orden e interés público y tienen por objeto regular los actos y procedimientos de la Administración Pública del Distrito Federal, relacionados con las materias que no queden excluidas de su aplicación a que se refiere el segundo párrafo del mismo precepto legal; y si bien es cierto que de acuerdo con el artículo 4° de la propia Ley, ésta se aplicará en forma supletoria a los diversos ordenamientos jurídicos del Distrito Federal; también lo es, que dicho numeral a su vez determina, que en lo que respecta a las visitas de verificación, éstas se sujetarán a lo previsto en la Ley en comento, lo que implica que en tal supuesto y, por ende, en lo relativo a la caducidad, la misma resulta aplicable de manera directa, a pesar de que no se prevea en la citada Ley Ambiental del Distrito Federal.

En la tesis se invoca la Ley Ambiental del Distrito Federal, concretamente en lo relativo a si dicho ordenamiento establece la figura de la caducidad como consecuencia al hecho de que la autoridad no emita, en el plazo de tres meses, una resolución en el procedimiento de verificación en materia ambiental. Conforme a la tesis, existe una laguna normativa en la Ley citada, por lo que ha de apelarse al artículo 93, fracción I de la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal, el cual prevé que los procedimientos administrativos iniciados de oficio –como los de verificación– caducarán a los tres meses contados a partir de la última actuación administrativa.

El Pleno de la Sala Superior del TCADF se inquiría si, en el caso, se está o no ante un caso típico de “suplencia de normas” o bien de “aplicación directa” de la figura de la caducidad al campo normativo de la Ley Ambiental del Distrito Federal. La autoridad ambiental, en diversos recursos de apelación, argumentaba que no podía justificarse la suplencia de normas, ya que ésta sólo es procedente, conforme a la jurisprudencia federal, cuando la Ley que ha de ser suplida prevea deficientemente una institución jurídica. Sin embargo, la Ley Ambiental del Distrito Federal no establece, ni siquiera tácitamente, la figura de la caducidad. Al razonarlo así, la autoridad ambiental invocaba siempre la siguiente tesis federal:

SUPLETORIEDAD DE LAS NORMAS. CUANDO OPERA. La supletoriedad de las normas opera cuando, existiendo una figura jurídica en un ordenamiento legal, ésta no se encuentra regulada en forma clara y precisa, sino que es necesario acudir a otro cuerpo de leyes para determinar sus particularidades. (Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 60, diciembre de 1992. Tesis: I. 6°.A.J/28.)

Como puede apreciarse, la tesis federal es clara al imponer al intérprete la regla de constatar que la figura jurídica a suplir no está regulada en forma “clara y precisa”. Por tanto, la jurisprudencia citada no autoriza la suplencia si la institución a suplir no se encuentra formulada, al menos, implícita o tácitamente. Para eludir esta regla, la Sala Superior estableció en su tesis que la aplicación de la figura de la caducidad era “directa”, ya que la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal rige para todos los ordenamientos jurídicos que disciplinan la Administración Pública del Distrito Federal, excepto en ciertas áreas, entre las que no se encuentra la ambiental.

Resulta curioso observar que, en la redacción de la tesis, se invoca el artículo cuarto de la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal, el cual establece, literalmente, que “La presente ley se aplicará **de manera supletoria** a los diversos ordenamientos que regulan a la Administración Pública del Distrito Federal...” (énfasis añadido). El término “supletorio” se emplea tajantemente, sin introducir la regla que distingue la jurisprudencia federal citada. Ahora bien, ¿por qué la tesis de la Sala Superior introduce un término diferente al de la supletoriedad, a saber “aplicación directa” de normas? Es probable que haya adoptado esta pauta interpretativa consciente de lo señalado en la tesis federal, notablemente cuando ésta plantea cuándo opera la suplencia de normas. De seguir tal tesis, la Sala Superior no habría podido introducir la figura de la caducidad y, menos aún, declarar la nulidad de muchas resoluciones administrativas. Más aún, la forma en la que la supletoriedad de normas se concibe en la tesis federal es contraria al artículo cuarto de la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal, el cual no condiciona la forma en que se ha de suplir. Si por “laguna normativa” se entiende la ausencia de una disposición que regule un caso, parece extraño que la tesis federal imponga que, en la ley a suplir, “pre-exista” la institución que ha de suplirse.

Con apego a la tesis número 64 aquí comentada, la Sala Superior ha resuelto múltiples casos relacionados con la interpretación de la Ley Ambiental del Distrito Federal. Entre ellos, nos interesa resaltar aquéllos en los que las normas sujetas a interpretación son las que se refieren a las reglas para efectuar las visitas de verificación. En el recurso de apelación número 6444/2008, la ponencia cuatro de la Sala Superior presentó un primer proyecto de resolución en sesión del día tres de septiembre de dos mil ocho. El recurso fue promovido por la sociedad anónima que presentó la demanda de nulidad. Impugnó el reconocimiento de la validez del acto administrativo a través del cual, después de un procedimiento de verificación, se le impusieron cuatro multas por un total de mil sesenta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

En el primer proyecto de resolución, la ponencia cuatro de la Sala Superior expuso que los agravios de la sociedad recurrente eran infundados, ya que la Ley Ambiental del Distrito Federal establece claramente qué reglas deben cumplirse en la realización de las visitas de verificación. Se afirmó, en la parte medular del proyecto, lo siguiente: "... Dicha Ley [Ambiental del Distrito Federal] es el ordenamiento especializado en la materia, por lo que no cabía aplicar las atinentes al Reglamento de Verificación Administrativa del Distrito Federal. En efecto, en los artículos 202 y siguientes, la Ley Ambiental del Distrito Federal pormenoriza las reglas a seguir durante la realización de visitas de inspección. Ahora bien, es cierto que la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal contiene los principios que orientan el acto administrativo para estimarlo jurídicamente válido. Sin embargo, ni dicha Ley ni tampoco el Reglamento citado deben aplicarse en sustitución de las disposiciones que la Ley Ambiental del Distrito Federal prevé en materia de facultades de verificación, ya que el legislador dispuso un capítulo específico en este ordenamiento." (foja cinco vuelta del proyecto)

En el proyecto de resolución, la ponencia cuatro planteó que si la Ley Ambiental del Distrito Federal establecía claramente qué reglas debían cumplirse en la realización de las visitas de verificación, era innecesario apelar a las de la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal o las contenidas en el Reglamento de Verificación Administrativa del Distrito Federal. Lo anterior, por virtud del principio de solución de antinomias conocido como *la ley especializada deroga a la ley general*. Sin embargo, el Pleno votó en contra del proyecto, invocando que el caso debía ser resuelto atendiendo a la jurisprudencia número 64 publicada un año antes. Recuérdese que en dicha tesis se sostiene que la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal es de "aplicación directa" para los diversos ordenamientos que regulan a la Administración Pública del Distrito Federal, entre ellos la materia ambiental. Así, el Pleno imprimió un alcance mayor al que, en realidad, tiene la tesis jurisprudencial citada. En efecto, dicha tesis se refiere a la figura de la caducidad, no así a las visitas de verificación en materia ambiental por lo que, en todo caso, el criterio interpretativo del Pleno debió apoyarse en una tesis o precedente *ad hoc*.

La ponencia cuatro de la Sala Superior, atendiendo al lineamiento citado, presentó un segundo proyecto de resolución, el cual fue listado el día dieciocho de septiembre de dos mil ocho, siendo aprobado en el sentido de considerar fundado el agravio de la sociedad actora, revocando la sentencia y declarando la nulidad del acto administrativo. Atendiendo al criterio de la mayoría de los Magistrados del Pleno, la resolución precisó en el último considerando lo siguiente:

... la resolución administrativa se deriva de un procedimiento que la autoridad denominó “visita domiciliaria extraordinaria”... no se justifica por qué la autoridad administrativa emitió una orden como la señalada, siendo que debió atender a las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal así como al Reglamento de Verificación Administrativa para el Distrito Federal...

En tratándose de visitas de verificación, son aplicables los ordenamientos citados, tal y como lo disponen los artículos 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal y 1 fracción II del Reglamento de Verificación Administrativa para el Distrito Federal... el procedimiento iniciado por la autoridad demandada debió encuadrarse en el campo de aplicación de ambos ordenamientos, sin que se justifique por qué la autoridad demandada emitió una ‘orden de visita domiciliaria’ y no así de verificación... (foja once vuelta de la sentencia)

En contra de la sentencia aprobada en los términos referidos, la autoridad promovió un recurso de revisión contencioso administrativa. En sesión del día diecisiete de marzo de dos mil nueve, el Decimoséptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito resolvió el recurso citado (número 129/2008), declarándolo fundado. En su parte medular, el citado Tribunal federal apuntó:

SEXTO.- Los agravios son fundados.

Es fundado y suficiente el agravio en el que la autoridad manifiesta que... no se justifica la aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal y el Reglamento de Verificación Administrativa del Distrito Federal ya que la visita domiciliaria extraordinaria se encuentra regulada en la Ley Ambiental del Distrito Federal, en el Título Séptimo, Capítulo II ‘de la inspección y vigilancia’...

...

... si la Ley Ambiental del Distrito Federal, que regula directamente la materia ambiental en el Distrito Federal, prevé y regula la visita domiciliaria extraordinaria, debe concluirse que no es obstáculo para que pueda practicarse ese tipo de visitas, el que no estén previstas en las disposiciones supletorias, dado que éstas resultan aplicables en lo que el ordenamiento principal no regule expresamente; esto es, sólo en el caso que sea menester acudir a la norma supletoria para subsanar una omisión de la ley en materia ambiental o, incluso, cuando la Ley Ambiental del Distrito Federal remita en forma expresa a disposiciones de la Ley de Procedimiento

Administrativo del Distrito Federal, como lo hace el artículo 206, que reenvía al 103, respectivamente. (fojas diez vuelta y doce frente de la ejecutoria)

En suma, el Tribunal federal dio la razón a la ponencia cuatro de la Sala Superior, en los términos del primer proyecto presentado, en el cual se intentó establecer una línea interpretativa diversa en lo relativo a la aplicación de las reglas sobre visitas de verificación en materia ambiental. Si bien la Sala Superior cuenta con una tesis relativa a la caducidad en materia ambiental, *ésta no puede aplicarse para todos los casos de interpretación de la Ley Ambiental del Distrito Federal, menos aún si, como en la especie, existen disposiciones expresas*. Este es un ejemplo, entre muchos posibles, de cómo el precedente intenta modificar o, al menos, matizar una tesis jurisprudencial que se aplica a rajatabla, sin distinguir a qué disposiciones de una ley se refiere el caso tratado. A la postre, el precedente originalmente retirado ve confirmado su criterio cuando, por contraste, es impugnada la sentencia que se fundó en el criterio de la mayoría. Así, el tribunal federal que conoce del asunto decide revocar la sentencia y, como en el caso, se apoya en las mismas razones que sustentaron el primer proyecto de resolución presentado por una ponencia de la Sala Superior. Finalmente, el Pleno de la Sala Superior adopta el criterio inicialmente planteado por uno de sus miembros. Es por ello que, desde este punto de vista, esta clase de proyectos evocan lo que puede llamarse la “jurisprudencia del mañana”.

4. La materia del discurso: la tipología de los agravios en el recurso de apelación

4.1 Descripción de la muestra de textos

En este punto describimos los textos jurisprudenciales referidos a la calificación legal de los agravios en la instancia de apelación. Señalamos el número de la tesis, el año de publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el rubro (resaltado) y el texto de la misma.⁷⁸ Estas son:

⁷⁸ El contenido íntegro de las tesis del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal puede consultarse en la página de Internet siguiente: <http://www.tcadf.gob.mx> En las secciones subsecuentes, cuando nos refiramos a alguna de las tesis que conforman la muestra de textos que utilizamos aquí, citaremos el número de la tesis de la Tercera Epoca (progresivo en el tiempo a partir de 1996) y, **entre paréntesis**, el año de su publicación. Por razones de espacio, omitiremos los precedentes, salvo que se precise su invocación y análisis por alguna razón.

(Tesis 1/1997) **AGRAVIOS EN LA APELACION, DESESTIMACION DE LOS.** Si en el recurso de apelación se hacen valer como agravios cuestiones que no fueron planteadas o argumentadas en los escritos de demanda y/o contestación, son de desestimarse por no haber formado parte de la litis.

Igualmente, son de desestimarse los agravios que no combaten los fundamentos legales y/o los motivos en los que la Sala ordinaria apoyó la sentencia recurrida.

(Tesis 19/2001) **BOLETAS DE SANCIÓN DE TRÁNSITO. AGRAVIOS INFUNDADOS EN LA APELACIÓN.** Son infundados los agravios invocados por la autoridad en los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias pronunciadas por las Salas, en relación con las boletas de sanción, por infracciones al Reglamento de Tránsito del Distrito Federal, en los que se aduce incorrecta aplicación de los artículos 81 fracción II y 82 de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, cuando la autoridad no demuestra que dichas boletas cumplen con los requisitos de la debida fundamentación y motivación, previstos en el artículo 57 fracción II del Reglamento de Tránsito del Distrito Federal vigente.

(Tesis 33/2004) **AGRAVIO INOPERANTE, INNECESARIO SU ANÁLISIS CUANDO EXISTE JURISPRUDENCIA.-** Resulta innecesario realizar el estudio de las consideraciones que sustentan la inoperancia del agravio hecho valer, si existe jurisprudencia aplicable, ya que con la aplicación de dicha tesis se da respuesta en forma integral al tema de fondo planteado.

(Tesis 40/2005) **AGRAVIOS EN LA APELACION. SON INOPERANTES CUANDO SE ALEGA INDEBIDA VALORACION DE LAS PRUEBAS RENDIDAS EN EL JUICIO DE NULIDAD.** Los agravios planteados en el recurso de apelación, consistentes en la indebida valoración de las pruebas rendidas en el juicio de nulidad, deben expresar qué pruebas se dejaron de valorar, el alcance probatorio de tales probanzas, así como la forma en que éstas trascenderían al fallo en beneficio del agraviado, pues solamente en este caso puede analizarse si la omisión de valoración de pruebas causó perjuicios al mismo y, consecuentemente, determinar si la sentencia recurrida es ilegal o no; en tal virtud, los agravios expresados que no reúnan los señalados requisitos, deben estimarse inoperantes por insuficientes.

(Tesis 55/2006) **AGRAVIOS EN LA APELACION. RESULTAN INOPERANTES SI SE HACEN VALER LOS MISMOS ARGUMENTOS EXPRESADOS EN LA DEMANDA O EN LA CONTESTACION.** Si en el recurso de apelación se reproducen casi textualmente los mismos argumentos expresados en los escritos de demanda y de contestación, los cuales ya fueron examinados por la Sala de origen, sin

controvertir las consideraciones por las que se declararon infundados en la sentencia que se apela, tales argumentos resultan inoperantes para impugnar la legalidad de dicho fallo.

En el periodo de 1997 a 2008 la Sala Superior no produjo jurisprudencia relacionada con el carácter *eficaz o ineficaz* de los agravios. De hecho, en la práctica se trata de la tipología menos empleada. Por otra parte, y por su relación con el tema aquí planteado, creemos útil referirnos a dos tesis más, vinculadas tanto con el significado del término “fundado” como con el de “desestimable”. Las tesis que enseguida se transcriben no se refieren directamente a los agravios en la apelación, pero de ellas se desprenden diversas aseveraciones que pueden contribuir a esclarecer el campo de significado de las tipologías aducidas. Así:

(Tesis 13/1999) CAUSALES DE NULIDAD. SI RESULTA FUNDADO UNO DE LOS CONCEPTOS DE NULIDAD NO ES NECESARIO EL ANALISIS DE TODOS LOS DEMAS. En los casos en que el actor haga valer varias causales de nulidad en la demanda, y al estudiarlas, la Sala del conocimiento considere que una es fundada y suficiente para declarar la nulidad de la resolución o acto impugnado y para satisfacer la pretensión del demandante, no está obligada a analizar en el juicio las demás causales.

(Tesis 48/2005) CAUSAL DE IMPROCEDENCIA. SI EN SU PLANTEAMIENTO SE HACEN VALER ARGUMENTOS VINCULADOS CON EL FONDO DEL ASUNTO, DEBERÁ DESESTIMARSE LA. Si se plantea una causal de improcedencia del juicio de nulidad, en la que se hagan valer argumentos vinculados con el fondo del asunto, la Sala que conozca del mismo al dictar sentencia deberá desestimarla y si no existe otro motivo de improcedencia, entrar al estudio de los conceptos de nulidad.

A continuación analizaremos dichas tesis, agrupándolas conforme a las categorías dicotómicas siguientes: a) estimación/desestimación; b) fundado/infundado; c) operante/inoperante.

4.2 Los textos a la luz de los principios del discurso

4.2.1 Agravios estimables y desestimables

En el primer capítulo señalamos que los teóricos del discurso, particularmente Sperber y Wilson, enunciaron el *principio de pertinencia o relevancia* en los términos siguientes: “quien habla o escribe ha de ser pertinente, decir algo que venga al caso y que sea de interés para que quien escucha o lea reconozca que el enunciado es relevante y desencadene un proceso de inferencia para conseguir, con el mínimo esfuerzo posible, efectos contextuales amplios.”⁷⁹ ¿Encontramos un eco de este principio, fundamental en teoría del discurso, en el contexto de las tesis jurisprudenciales del TCADF tratándose de los agravios?

La jurisprudencia no emplea, ciertamente, el término de *pertinencia* al calificar los agravios. Sin embargo, ¿tal constatación es suficiente para considerar su inaplicabilidad? En el discurso jurisprudencial no suele apreciarse el empleo de tecnicismos empleados en la doctrina. Sin embargo, muchos de los fenómenos discursivos descritos por la doctrina especializada pueden encontrar un campo de desarrollo en la práctica, tal y como acontece en el discurso jurisprudencial, aún de manera implícita.

En la muestra de tesis aquí analizadas hemos seleccionado la que tiene por rubro “AGRAVIOS EN LA APELACION, DESESTIMACION DE LOS”. En ella se exponen dos reglas: 1) Debe desestimarse el agravio que plantee razones que no formaron parte de la fundamentación de la sentencia apelada. Así, la Sala Superior sólo se ocupará de los agravios que se relacionen con los argumentos que fundamentaron el fallo (*enunciados de ratio decidendi*). 2) Debe desestimarse el agravio que no guarde relación con la materia de la litis, misma que se configura con lo aducido en los escritos de demanda (emisor: actor) y su contestación (emisor: autoridad administrativa). Estos enunciados pueden designarse, en nuestro concepto, como *enunciados materia-litis*. Debe resaltarse, de entrada, que si bien utilizamos la dicotomía “agravio estimable-desestimable”, en realidad sólo se emplea el término *desestimación*.⁸⁰

⁷⁹ Véase el punto 3.2 “Principios que rigen el discurso” contenido en el capítulo 1.

⁸⁰ No podemos omitir señalar que, la tesis aquí examinada, tiene un claro antecedente en la tesis número 10 (1988) publicada en la Segunda Época, cuyo texto literal era el siguiente:

“AGRAVIOS EN LA REVISION, DESESTIMACION DE LOS.- Si la parte recurrente hace valer como agravios ante la Sala Superior cuestiones que no fueron alegadas como motivo de anulación o que no se expusieron en el escrito de contestación de la demanda, deben desestimarse por no haber formado parte de la litis; igualmente, aquellos que no combaten los fundamentos y motivos legales en los que la Sala Ordinaria sustentó la sentencia recurrida.”

Nótese que, en el contexto de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal anterior a la de 1996, el recurso que hoy se denomina “de apelación” se conocía como “de revisión”. En el fondo, la tesis citada identifica los mismos supuestos para desestimar un agravio que en la tesis vigente.

Para concluir que un agravio debe desestimarse, el juzgador está obligado a comparar lo aducido en el agravio con lo señalado en los considerandos de la sentencia apelada, allí donde la Sala ordinaria o auxiliar expuso los fundamentos de su resolución. Si el juzgador advierte que no existe relación entre los argumentos de la sentencia y los contenidos en el agravio, está impedido de mejorar las razones expuestas por el apelante. Así, el juzgador no puede tomar el lugar del apelante, porque violaría el principio de igualdad. Una segunda posibilidad, igualmente señalada en la tesis jurisprudencial, es que la Sala Superior deberá examinar los argumentos contenidos en los escritos de demanda y su contestación a la luz del agravio hecho valer. El objetivo de esta regla es evitar que las partes puedan depurar sus argumentos en la instancia de apelación, siendo que debieron aportar todas las razones necesarias en el momento de presentar su demanda (en tratándose de los actores) o de contestarla (en el caso de las autoridades).

En suma, podríamos afirmar que las partes, como emisores, tienen la carga de ofrecer información suficiente y pertinente desde un principio, esto es, desde que se entabla una relación procesal. Así, el receptor institucional de dichos mensajes, la Sala Superior del TCADF, estará en aptitud de ponderar sus razones o, en términos de teoría del discurso, de reconstruir la *situación de enunciación*. Al introducirse la noción de *desestimación* en la jurisprudencia, tal parece que el discurso jurídico confirma su carácter especializado: no cualquier aserción puede suscitar el debate; sólo las aserciones producidas en una determinada situación de enunciación, identificada o identificable, pueden formar parte del discurso jurídico. La tipología de los agravios sustentada en las categorías *estimable-desestimable* “filtra” lo que puede o no formar parte del discurso jurídico.

Como se ha señalado, al referirse a la desestimación de un agravio la jurisprudencia no enuncia el principio de pertinencia. Empero, ello no significa que dicho principio sea totalmente ajeno a la tesis jurisprudencial que se describe. El principio de pertinencia constituye un pilar del discurso y, como tal, posibilita la comunicación humana. Entre emisor y receptor debe establecerse una relación tal que permita el intercambio de mensajes relevantes entre ellos. La comunicación puede entorpecerse si quien introduce un tema nuevo no justifica por qué lo hace y si emplea argumentos fundados en premisas que el receptor sea incapaz de identificar.

Podría ocurrir que la Sala Superior, como receptora del mensaje contenido en un agravio que debe desestimarse, lo considerara fundado y revocara la sentencia apelada. En tal caso, ¿cómo puede controlarse la racionalidad de su decisión? Es evidente que una sentencia así tendría alguna fundamentación, ¿pero podría conectarse con las razones contenidas en la sentencia de primera instancia? He aquí el problema. Los discursos jurídicos enunciados en las dos instancias de decisión (ante la Sala ordinaria o auxiliar y ante la Sala Superior) deben mantener una relación de coherencia entre sí. Si la Sala Superior, en lugar de desestimar un agravio lo juzga fundado para revocar la sentencia impugnada, quebrantaría la igualdad

procesal. Más aún, violaría el derecho de defensa de la parte que no apeló, puesto que ganó en la primera instancia. Ello entrañaría una suplencia en la manifestación de los agravios, circunstancia que ya ha sido advertida por la Sala Superior en otra tesis jurisprudencial.⁸¹ Puesto que todo agravio debe relacionarse estrictamente con las consideraciones de la sentencia apelada, la Sala Superior *reproduciría, también, la misma violación al principio de pertinencia en la que incurrió el apelante*. Ello es así, porque sus razones tampoco guardarían una relación lógica con lo manifestado en la sentencia apelada, misma que revocó.

Al examinar las reglas de la argumentación jurídica descritas por Robert Alexy presentamos las denominadas “reglas de razón”. Aquí conviene destacar las siguientes:

- a. Todos pueden problematizar cualquier aserción.
- b. Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.
- c. Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.

¿Entrañan estas reglas que el emisor (en el caso, el apelante) pueda aportar cualquier razón para tratar de acreditar la invalidez de la sentencia impugnada? Es indudable que el apelante ejerce un derecho elemental de defensa a través de un recurso. Si el apelante puede atacar una sentencia a través del recurso de apelación, ello entraña que puede problematizar las aseveraciones que condujeron al fallo que afecta sus derechos. Más aún, no sólo puede hacerlo, sino que *tiene que hacerlo*, a efecto de posibilitar la comunicación con su receptor (la Sala Superior), fijando los puntos del debate. Ahora bien, ello no significa que pueda decir cualquier cosa de cualquier modo. Esta es la razón de ser de la tipología de los agravios en la instancia de apelación.

La posibilidad de cuestionar toda aserción contenida en un discurso supone el que exista una relación entre las razones contenidas en el agravio y los fundamentos de la sentencia que se

⁸¹ Nos referimos a la tesis número 31 publicada el 15 de septiembre de 2004 cuyo rubro y texto señalan: “SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LA DEMANDA EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL, PROCEDENCIA DE LA.- De lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, la Sala del conocimiento deberá suplir las deficiencias de los conceptos de violación, pero sólo de aquellos que se hayan expresado en la demanda en forma deficiente, y en materia fiscal cuando de los hechos narrados se deduzca el agravio; pero la suplencia de la deficiencia de la demanda **no llega al extremo de resolver con base en argumentos que no fueron señalados en la misma, sino que debe estarse al planteamiento que sobre el particular haga la parte actora, en caso contrario, se variaría la litis en perjuicio de las demandadas.**” (Énfasis añadido.)

apela, o bien entre dicho agravio y lo expuesto en los escritos de demanda y de contestación de la demanda. Como postula Alexy, todo hablante debe fundamentar lo que afirma. En tratándose del recurso de apelación la fundamentación debe mostrar que el razonamiento seguido por la Sala de primera instancia fue erróneo o bien omitió pronunciarse sobre los argumentos planteados por el recurrente. Ello sólo puede lograrse si, en el agravio, se introducen manifestaciones directamente ligadas con las consideraciones que sustentaron el fallo. En suma, podemos apreciar que la desestimación de un agravio, sustentada implícitamente en el principio de pertinencia, opera como un presupuesto de lo que puede ser parte (o no) del discurso jurídico en la apelación. Tal desestimación excluye todo pronunciamiento acerca de los fundamentos jurídicos del agravio. En otros términos, desestimar un agravio supone que la Sala Superior no puede declarar fundado o infundado el agravio. Por tanto, la calidad de desestimable que posee un agravio excluye un pronunciamiento sobre su carácter fundado o infundado.

La conclusión antes manifestada queda robustecida con la tesis 48 (2005):

CAUSAL DE IMPROCEDENCIA. SI EN SU PLANTEAMIENTO SE HACEN VALER ARGUMENTOS VINCULADOS CON EL FONDO DEL ASUNTO, DEBERÁ DESESTIMARSE LA. Si se plantea una causal de improcedencia del juicio de nulidad, en la que se hagan valer argumentos vinculados con el fondo del asunto, la Sala que conozca del mismo al dictar sentencia deberá desestimarla y si no existe otro motivo de improcedencia, entrar al estudio de los conceptos de nulidad.

Aquí aparece, nuevamente, el término “desestimación”, sólo que se aplica al examen de las causales de improcedencia del juicio de nulidad. Dichas causales están contenidas en el artículo 72 de la Ley del TCADF y describen casos que, de verificarse, dan lugar a que el órgano jurisdiccional no conozca del juicio de nulidad, por existir una razón de orden público que lo prohíbe.

Un caso típico es la presentación extemporánea de la demanda. En efecto, las autoridades intentan que se sobresea el juicio señalando que la resolución administrativa fue emitida legalmente. Por tanto, aseveran, la acción de nulidad es improcedente. En realidad, lo que sucede aquí es que las autoridades administrativas utilizan argumentos que violan el principio de relevancia del discurso. Afirman, sin aportar razones idóneas, que su resolución es legal, confundiendo con los argumentos ligados a la improcedencia del juicio. Los requisitos de procedencia del juicio no deben ser confundidos con los que imprimen validez a un acto de autoridad. El resultado es un “déficit” de comunicación, ya que no se aportan razones suficientes para lograr la modificación o revocación de la sentencia recurrida. Ahora bien, si la Sala Superior sobreseyera un juicio incurriendo en la confusión descrita, privaría al ciudadano del derecho de defensa. Por ello, la tesis jurisprudencial impone distinguir los argumentos

dirigidos a atacar la procedibilidad del juicio de nulidad de las aseveraciones vinculadas con la validez del acto administrativo.

En el contexto de la tesis antes descrita figura el término “desestimación”. Si la desestimación entraña, como lo sostenemos, un juicio acerca de *qué puede o no formar parte del discurso jurídico*, en la tesis comentada lo apreciamos claramente una vez más. Cualquier argumento que intente acreditar la validez de la resolución administrativa materia del juicio de nulidad no será considerando como un argumento idóneo para demostrar su improcedencia. Nuevamente, el empleo del término “desestimación” opera como un filtro discursivo sustentado en la idea de pertinencia.

4.2.2 Agravios fundados e infundados

Si la Sala Superior del TCADF no califica un agravio como desestimable, supone lógicamente que lo juzga idóneo para pronunciarse sobre la legalidad de la sentencia recurrida. En este caso, se impone una tipología distinta que califique el agravio a la luz de las consideraciones del fallo recurrido, siendo tal calificación la de *fundado o infundado*. Si un agravio no se desestima, entonces el juzgador tiene que pronunciarse acerca de si es fundado o no para confirmar, modificar o revocar la sentencia impugnada.

En la Tercera Época de la jurisprudencia del TCADF, la tesis número 19 (2001) hace referencia a la dicotomía fundado-infundado. Su materia se refiere a las denominadas “boletas de sanción de tránsito”. Se trata de actos administrativos emitidas por los agentes de tránsito adscritos a la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal. En *todos* los casos, el TCADF declara la nulidad de dichas boletas por advertir la existencia de vicios de fondo o de forma en su contenido. Así por ejemplo, la falta de precisión de sus fundamentos legales y, mayoritariamente, la imprecisión en las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se cometió la supuesta infracción.

En todos los recursos de apelación interpuestos por funcionarios de la Secretaría citada, se asevera que las Salas de primera instancia no analizaron correctamente las boletas de sanción. Afirman dichos funcionarios que las boletas contienen todos los requisitos legales. La jurisprudencia tratada aquí impone la regla de que la autoridad apelante demuestre que las boletas cumplieron con el principio de legalidad. De lo contrario, su agravio será infundado, debiéndose confirmar la sentencia apelada.

¿Cómo concluye la Sala Superior que un agravio relacionado con la valoración de una boleta de sanción en materia de tránsito es infundado? Necesariamente, dicha instancia jurisdiccional tiene que analizar su contenido, particularmente sus elementos de forma y de fondo, a la luz de la Constitución federal y el Reglamento Metropolitano de Tránsito. La Sala Superior incurriría en una justificación deficiente si se limitase a aplicar, mecánicamente, la tesis jurisprudencial aquí comentada. Si dicha Sala señala que el agravio es infundado y asevera que la boleta de sanción es ilegal sin argumentarlo, incurre en una motivación incompleta o incluso inexistente, repitiendo el mismo patrón que la autoridad. En términos lógicos, produciría una falacia conocida bajo la denominación de *petición de principio*.⁸²

Reformulando la falacia en la que incurriría la Sala Superior por falta de una justificación apropiada, ésta podría ilustrarse así: “Los agravios de la autoridad recurrente son infundados porque la jurisprudencia del Tribunal así lo prevé en todos los casos en los que la autoridad asevere que su resolución fue válida sin demostrarlo”. Para evitarlo, podría señalarse: “Todo agravio que afirme la validez de una resolución administrativa sin demostrarlo, es infundado. Es el caso que la recurrente afirma la validez de su resolución sin demostrarlo, pese a que la Sala juzgadora acreditó la falta de motivación, consistente en que...(etcétera). Por tanto, el agravio hecho valer es infundado, por falta de una motivación adecuada.” Como puede apreciarse, para declarar infundado un agravio se requiere una previa justificación. Tal justificación no se puede suplir con la mera cita de la jurisprudencia. Sin embargo, la cita mecánica es la práctica más común.

Para evitar incurrir en semejante falacia, la Sala Superior tiene que realizar el examen de la boleta cuestionada a efecto de ponderar si fue correcta o no la valoración de la Sala de primera instancia. Una vez hecho, entonces será dable calificar el agravio como fundado o infundado. En tal tenor, apreciar un agravio como fundado o infundado responde, en buena medida, a la existencia de principios y reglas fijados de antemano que sirvan de patrón para calificarlo de uno u otro modo. En el caso de la tesis 19, una boleta de sanción es ilegal si no cumple con los requisitos de fundamentación y motivación. Por tanto, si un agravio no logra demostrar que la valoración de la Sala de primera instancia fue incorrecta, resultará infundado.

⁸² Anthony Weston explica y enuncia la falacia de la petición de principio así:

“Petición de principio...Usar de un modo implícito la conclusión como una premisa.

Dios existe porque así lo dice la Biblia, lo que sé que es verdad porque, después de todo, Dios la escribió.

Para escribir este argumento en la forma de premisa y conclusión, debería escribir:

La Biblia es verdad, porque Dios la escribió. La Biblia dice que Dios existe. Por lo tanto, Dios existe.

Para defender la afirmación de que la Biblia es verdad, el argumentador afirma que Dios la escribió. Pero obviamente, si Dios escribió la Biblia, Él existe. Luego, el argumento asume precisamente aquello que está tratando de probar.” WESTON, Anthony, *Las claves de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2002, 132-133.

La jurisprudencia introduce una regla para calificar como *infundado* todo agravio que no desvirtúe el análisis de la boleta de sanción efectuado por la Sala de primera instancia. Dicha regla se conecta, a su vez, con el principio de legalidad, el cual también funge como criterio para la toma de decisiones fundamentadas. Por tanto, al referirnos a la tipología fundado-infundado, encontramos un caso pertinente para evaluar cómo el discurso jurídico se construye sobre principios y reglas para orientar la decisión.

Queremos detenernos sobre un problema relacionado con la compatibilidad (o incompatibilidad) de las categorías para tipificar los agravios. Se trata de un problema en el que podemos advertir la relación que existe entre las tipologías de los agravios a la luz de diversas tesis jurisprudenciales de la Tercera Época.

Entre las tesis publicadas por la Sala Superior del TCADF figura la número 33 (2004), misma que hemos incluido en nuestra muestra. Esta es la siguiente:

AGRAVIO INOPERANTE, INNECESARIO SU ANÁLISIS CUANDO EXISTE JURISPRUDENCIA.- Resulta innecesario realizar el estudio de las consideraciones que sustentan la inoperancia del agravio hecho valer, si existe jurisprudencia aplicable, ya que con la aplicación de dicha tesis se da respuesta en forma integral al tema de fondo planteado.

Aquí se anuncia una nueva dicotomía para clasificar los agravios: *operante-inoperante*. El problema es el siguiente: ¿podría la Sala Superior declarar inoperante un agravio planteado en materia de tránsito cuando se intente demostrar que la boleta de sanción es legal? En otros términos, ¿puede dejarse de analizar la fundamentación y motivación de una boleta de sanción en razón de que existe jurisprudencia definida sobre el tema?

En principio, al calificar un agravio la Sala Superior no debe utilizar, simultáneamente, dos categorías que produzcan un déficit de justificación (infundado vs. inoperante). La Sala Superior podría “ahorrarse” el trabajo de justificar por qué un agravio no logra desvirtuar las consideraciones jurídicas de una sentencia apelada por el mero hecho de citar la jurisprudencia aplicable al caso. De hecho, así suele hacerse en la mayoría de los casos: el agravio se declara inoperante porque existe un criterio jurisprudencial que “ya resuelve la cuestión planteada” en él. Sin embargo, ¿es suficiente la cita mecánica de la jurisprudencia aplicable? ¿Se estaría ante una motivación insuficiente de la sentencia? ¿Acaso la cita de la jurisprudencia puede suplir el por qué es aplicable y no otra? Creemos que, al menos, el Tribunal está constreñido a justificar por qué una tesis es aplicable a un cierto caso y en qué medida su criterio se enlaza con lo narrado en el agravio. Al declarar un agravio inoperante por oponerse a un criterio

jurisprudencial sin mostrar por qué existe un nexo entre dicho agravio y el criterio invocado se incurre, creemos, en una motivación insuficiente de la sentencia, lo que violenta el principio de legalidad contenido en el artículo 16 de la Constitución Federal. En suma, es insuficiente afirmar la inoperancia de un agravio; hay que demostrar por qué tiene ese carácter.

Sin embargo, existe un caso en el cual la Sala Superior puede declarar inoperante un agravio relacionado con la materia de tránsito sin que sea necesario pronunciarse sobre los fundamentos legales con los que fue emitida una boleta de sanción. En efecto, ocurre que el Secretario de Seguridad Pública del Distrito Federal suele plantear, como agravio, que el juicio debió sobreseerse en relación a él, ya que nunca firma las boletas de sanción. Al respecto, la Sala Superior ha fijado jurisprudencia en el sentido de que, *en todos los asuntos de tránsito*, dicho funcionario será parte demandada. Aquí, las sentencias de apelación sí califican tal agravio como *inoperante*, relacionando la tesis 33 ya citada con la número 27, que literalmente establece que compete al Secretario de Seguridad Pública del Distrito Federal todas las cuestiones vinculadas con la supervisión del tránsito de personas y vehículos en la vía pública, de modo que es improcedente el sobreseimiento del juicio respecto a dicha autoridad. ¿Por qué aquí no hay incompatibilidad?

Si bien la tesis 33 se refiere a la inoperancia de un agravio cuando exista jurisprudencia, la tesis 27 no tiene por objeto la calificación de los agravios, sino definir en qué casos el Secretario de Seguridad Pública del Distrito Federal será parte demandada, aún cuando no haya ordenado o suscrito una boleta de sanción. En suma, la tesis 27 no se refiere al examen de los fundamentos y motivos legales de una boleta de sanción sino a qué autoridades son responsables de su emisión o poseen competencia para ello.

Al describir la muestra de textos jurisprudenciales sugerimos la inclusión de la número 13 (1999):

CAUSALES DE NULIDAD. SI RESULTA FUNDADO UNO DE LOS CONCEPTOS DE NULIDAD NO ES NECESARIO EL ANALISIS DE TODOS LOS DEMAS. En los casos en que el actor haga valer varias causales de nulidad en la demanda, y al estudiarlas, la Sala del conocimiento considere que una es fundada y suficiente para declarar la nulidad de la resolución o acto impugnado y para satisfacer la pretensión del demandante, no está obligada a analizar en el juicio las demás causales.

La tesis número 13 no se refiere a los agravios, pero sí plantea el problema del carácter fundado o infundado de un argumento jurídico. De hecho, la tesis en comentario permite observar que la “causal de nulidad” y el “agravio” constituyen modos de argumentar en el Derecho.

Las causales de nulidad (o conceptos de anulación) son los argumentos jurídicos que la parte actora expone en un juicio de nulidad para demostrar que un acto administrativo es inválido o ilegal y, en consecuencia, que debe anularse o bien resolverse a favor de la pretensión procesal del enjuiciante. Por tanto, se plantean en la demanda inicial, no en el recurso de apelación. Tal distinción no impide, se insiste, examinar el alcance semántico del concepto “fundado” en la tesis señalada.

La tesis plantea lo que sugerimos denominar el *principio de economía en la argumentación*: si un argumento (aquí, “causal de nulidad”) acredita clara y contundentemente que una resolución administrativa es ilegal, entonces es innecesario estudiar todos los demás. Claro está, la Sala que conozca del juicio de nulidad debe ponderar los diversos argumentos que se expongan por el actor, ya que no producirá los mismos efectos una declaración de nulidad lisa y llana que una nulidad para el efecto de reponer un procedimiento viciado.

La mayoría de los demandantes pretenden es lograr una declaración de nulidad lisa y llana del acto administrativo reclamado.⁸³ Por ende, ha de preferirse el argumento que logre el mayor beneficio para el actor, esto es, el que mejor favorezca el ejercicio (o reposición) de sus derechos. Aquí vemos la intrínseca relación entre varios principios: el de economía de la argumentación, el de eficacia en el resultado (tipo de declaración de nulidad) y el de *favor libertatis* (aducir la interpretación más favorable al ejercicio del derecho fundamental). También se aprecia, creemos, la denominada “máxima de cantidad” en el discurso propuesta por Grice: “haga que el discurso emitido contenga toda la información necesaria”; “haga que su contribución no sea más informativa de lo necesario”. Sin saberlo, pero seguramente intuyéndolo bien, todos los días los funcionarios del TCADF aplican estos principios, contenidos implícitamente en la tesis jurisprudencial de referencia.

4.2.3 Agravios operantes e inoperantes

Se han introducido aquí las nociones de *operancia-inoperancia* de un agravio para contrastarla a la de fundado-infundado. En la lengua española, operar significa realizar o ejecutar. Más específicamente, producir efectivamente algo. En el ámbito jurisprudencial, la operancia o

⁸³ Afirmamos que “la mayoría” de los demandantes busca una declaración de nulidad lisa y llana del acto administrativo reclamado, ya que en otros casos la causa de pedir comprende el que una autoridad conteste a una petición o consulta, por lo que no podría declararse la nulidad, sino ordenarse a la autoridad que conteste, cuando se acredite que ha sido omisa para ello.

inoperancia de un agravio está relacionada con su capacidad argumentativa para lograr la modificación o revocación de una sentencia.

En la práctica cotidiana del TCADF, cuando se hace referencia a la operancia o inoperancia de los agravios, el juzgador prefiere utilizar la modalidad *negativa* del término (inoperante). Ocurre algo análogo a lo que pudo observarse en tratándose de la desestimación de los agravios, en donde también se prefiere la modalidad negativa. Así, no se encontrarán sentencias del TCADF en las que pueda leerse “agravio estimable” o “agravio operante”. Sin embargo, será muy frecuente encontrar la calidad opuesta. ¿A qué se deberá esto? Es probable que la modalidad positiva (“estimable” u “operante”) se dé por sentada e, incluso, el juzgador prefiera, en tal caso, emplear la expresión “agravio fundado”.

¿Qué relación guarda la operancia-inoperancia con el carácter fundado o infundado de un agravio? ¿En realidad se refieren a tipos diversos cualitativamente? Después del análisis de dichas tipologías, consideramos que sí expresan modalidades distintas.

Cuando se plantea el carácter fundado o infundado de un agravio se afirma que los argumentos planteados en él acreditan (o no) que la Sala de primera instancia se equivocó (o acertó) al apreciar los hechos, valorar las pruebas o aplicar el derecho positivo. Para llegar a tal conclusión, la Sala Superior tiene que examinar si los argumentos de la Sala de primera instancia resultan conformes a las normas del sistema jurídico. Son dichas normas las que proporcionan los principios y reglas para juzgar fundado o infundado un agravio. Por tanto, dicho carácter implica un examen de los hechos y las reglas en juego. En cambio, la operancia o inoperancia de un agravio entraña el grado de eficacia en el objetivo perseguido por el apelante, a saber modificar o revocar la sentencia impugnada. La operancia o inoperancia califica, entonces, el resultado logrado por el recurso de apelación. Siendo así, pueden encontrarse sentencias en las que se declare un agravio “fundado pero inoperante” para revocar o modificar un fallo.

Al respecto del sentido del término *operancia* de un agravio, conviene tener presente la jurisprudencia federal. Entre las tesis que definen el término encontramos la número veintisiete del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación en octubre de dos mil cuatro (XI.2º.J/27). En dicha tesis son inoperantes los agravios “cuando en ellos nada se aduce en relación con los fundamentos esgrimidos en la sentencia recurrida, ni se pone de manifiesto el porqué, en concepto del inconforme, es indebida la valoración que de las pruebas hizo el Juez a quo”. Lo primero que llama nuestra atención es que, si para la Sala Superior del TCADF un agravio que no combata los fundamentos de la sentencia apelada debe *desestimarse*, para los Tribunales Colegiados de Circuito resulta *inoperante*. De hecho, cuando se realiza una consulta a la base de datos de la jurisprudencia federal (la base denominada “IUS”), *no se encuentran precedentes que definan*

lo que es un agravio “desestimable”. ¿Se está, entonces, ante una tipología propia a la jurisdicción contencioso-administrativa?

Si se comparan las tesis del TCADF y las federales en torno a los sentidos del término *operancia* de un agravio, se encuentran coincidencias evidentes. Uno de ellos lo proporciona, precisamente, la definición de los casos de inoperancia de los agravios, tal y como se aprecia en las tesis números 40/2005 y 55/2006):

(Tesis 40/2005) **AGRAVIOS EN LA APELACION. SON INOPERANTES CUANDO SE ALEGA INDEBIDA VALORACION DE LAS PRUEBAS RENDIDAS EN EL JUICIO DE NULIDAD.** Los agravios planteados en el recurso de apelación, consistentes en la indebida valoración de las pruebas rendidas en el juicio de nulidad, deben expresar qué pruebas se dejaron de valorar, el alcance probatorio de tales probanzas, así como la forma en que éstas trascenderían al fallo en beneficio del agraviado, pues solamente en este caso puede analizarse si la omisión de valoración de pruebas causó perjuicios al mismo y, consecuentemente, determinar si la sentencia recurrida es ilegal o no; en tal virtud, los agravios expresados que no reúnan los señalados requisitos, deben estimarse inoperantes por insuficientes.

(Tesis 55/2006) **AGRAVIOS EN LA APELACION. RESULTAN INOPERANTES SI SE HACEN VALER LOS MISMOS ARGUMENTOS EXPRESADOS EN LA DEMANDA O EN LA CONTESTACION.** Si en el recurso de apelación se reproducen casi textualmente los mismos argumentos expresados en los escritos de demanda y de contestación, los cuales ya fueron examinados por la Sala de origen, sin controvertir las consideraciones por las que se declararon infundados en la sentencia que se apela, tales argumentos resultan inoperantes para impugnar la legalidad de dicho fallo.

Del análisis de la tesis 40/2005 puede inferirse que, para evitar la inoperancia de un agravio relativo a la valoración de pruebas, la parte recurrente ha de señalar: 1) qué pruebas se dejaron de valorar; 2) qué se pretendía probar con ellas; 3) de qué modo se valoró o, incluso, no se valoró la prueba ofrecida; 4) qué habría apreciado la Sala de primera instancia en caso de valorar, conforme a las reglas procesales, la prueba ofrecida por quien recurre. Es claro que todos estos requisitos implican, a nuestro entender, la *pertinencia* del discurso, esto es, que un hablante debe proporcionar toda la información requerida para que su receptor pueda entender a qué se refiere.

En la tesis 40/2005 se prohíbe sustituir a la parte que apela en la exposición de sus argumentos, los cuales deben ser claros y precisos. De hacerlo, la Sala Superior supliría

ilícitamente los agravios. De hecho, la tesis que se analiza no lo explica de esta suerte, lo que sí puede advertirse en la jurisprudencia federal.

En la tesis federal que en seguida se invoca encontramos un análisis relevante en torno a los siguientes puntos vinculados con la inoperancia: 1) hay casos en los que la exposición de un agravio es deficiente, es decir no se presentan argumentos suficientes para mostrar que una sentencia debe ser revocada o, por lo menos, modificada; 2) si un agravio presenta tal calidad, puede plantearse el problema de si el órgano revisor de una sentencia puede o no mejorarlo; 3) una de las posibilidades de calificación de un agravio deficiente es la *inoperancia*; 4) en el caso del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (de hecho, supletorio de la Ley del TCADF), se cuestiona si tal ordenamiento prevé o no la figura de la inoperancia de un agravio; 5) si el órgano revisor utiliza la calificación de “inoperancia” para referirse a un agravio, ¿incurrir en violación a la ley?, esto es, ¿introduce una modalidad jamás prevista por el legislador, dejando en estado de indefensión al recurrente?

En la tesis que se cita a continuación se plantean y resuelven estas preguntas así:

AGRAVIOS INOPERANTES. EL FUNDAMENTO LEGAL PARA DECLARARLOS ASÍ, ESTÁ EN EL ARTÍCULO 83 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Del artículo 83 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal se advierte que los Jueces y tribunales tienen la obligación de resolver todas las cuestiones que sean planteadas en juicio, sin embargo, ello no implica que deban pronunciarse sobre el fondo del tema materia de la impugnación, porque la realidad jurídica revela que **existen ocasiones en que los tribunales encuentran dificultades para poder decidir sobre la legalidad o ilegalidad de la sentencia objeto de la apelación, al no proporcionarse los elementos o bases suficientes para encauzarse hacia lo fundado o infundado de sus planteamientos, y si no se trata de un caso en que estén obligados a suplir la deficiencia de los agravios tienen que declararlos inoperantes, ineficaces o deficientes**, sin que analicen el fondo del tema genérico que pudiera contemplarse, lo que implica una causa justificada para no decidir el fondo de tal aspecto, y no violenta los principios de congruencia y eficacia que rigen a las resoluciones pues, en este supuesto, el acceso a la justicia no es vedado ni restringido, sino que hay una deficiencia en la causa de pedir que es la materia del recurso intentado. Por tanto, queda claro que no basta la mención genérica de un tema en vía de agravio, para que el tribunal de alzada tenga que realizar el pronunciamiento de fondo, sino que es preciso que indique el hecho, la omisión y el motivo de la infracción legal, lo cual supone que de no reunir esa condición mínima, pueden calificarse como agravios inoperantes, deficientes o ineficaces, lo que implica soslayar el fondo y desestimar por la forma, siendo aquellos que en el recurso no tienden a poner de manifiesto la legalidad o ilegalidad de la resolución impugnada, o que no destruyen una cuestión toral que es suficiente para mantener el sentido de la resolución impugnada. En este mismo orden de ideas, debe destacarse que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal no establece un precepto expreso que faculte para declarar los agravios infundados, fundados, ineficaces, deficientes y otros calificativos que les han otorgado los órganos jurisdiccionales de amparo y tribunales locales y federales. Tal circunstancia es fácil de comprender, pues no es tarea propia del legislador detallar la forma y matices en que pueda

desenvolverse una resolución judicial y menos para calificar un argumento, sino que hace la definición de ciertos conceptos que faciliten la aplicación; pero la regla general es que **no pueda llegarse a un casuismo extremo**, donde el Juez o el Poder Ejecutivo únicamente sean la voz de la ley, puesto que la realidad es demasiado compleja y la variedad de sus manifestaciones impediría, necesariamente, que la norma creada pueda prever todos los supuestos que puedan desarrollarse durante la etapa de su vigencia, dado que si no se redactan como supuestos genéricos y dejan facultades de raciocinio implícitos para quien la aplique, se volverían imprácticas; por tal motivo, en la materia procesal cuando se regulan las sentencias sólo se establecen las reglas generales para que el órgano encargado de administrar justicia aplique la norma sustantiva y procesalmente encuadre al caso concreto. Así, se debe concluir que el concepto de inoperante **encuentra fundamento implícito** en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en cuanto al capítulo de las sentencias y a las facultades para resolver la apelación, en relación con las garantías de legalidad, debida fundamentación y motivación, y de administración de justicia que derivan de los artículos 79 a 94 de aquél y 14, 16 y 17 de la Constitución General de la República.

(Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIX, febrero de 2004. Tesis: I. 3º. C.452 C. Página: 974.)

De la lectura de la tesis aislada que antecede puede observarse que la calificación de los agravios entraña una de las formas por las cuales el juez innova en el derecho positivo. Ello, al integrar tipologías que no previó el legislador, bien porque no pudo preverlas, bien porque, como se aprecia en la tesis señalada, no es su función anticipar todos los casos posibles (sugerido por la expresión “casuismo extremo”). Dicha tesis permite comprender uno de los rasgos del término “inoperante”. En efecto, un agravio resulta inoperante si su formulación no resulta eficaz para lograr modificar o revocar el fallo impugnado. En la práctica, pueden constatarse las siguientes variantes de la inoperancia de un agravio: 1) la mera reiteración de los argumentos planteados en la primera instancia sin combatir los fundamentos de la sentencia apelada; 2) la falta de argumentos suficientes que permitan comprender en qué medida se violaron los derechos del apelante; 3) pese a ser fundado, un agravio podría ser calificado inoperante, en el sentido de ineficaz, en caso de que no condujera forzosamente a modificar o revocar la sentencia apelada. Cabe resaltar que la inoperancia en el ámbito federal equivale a la desestimación en el campo de la jurisprudencia del TCADF, si se atiende a los casos planteados en la jurisprudencia intitulada “AGRAVIOS EN LA APELACION. DESESTIMACION DE LOS” ya examinada.

En la tesis 55/2006 del TCADF se postula que será inoperante cualquier agravio que repita lo ya señalado en los escritos de demanda o de contestación de la demanda, omitiendo pronunciarse sobre las razones que fundaron la sentencia. En materia de apelación opera el principio conocido como de *stricto derecho*, reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia federal. Dicho principio supone que la apelación no constituye una repetición de la primera instancia, por lo que la Sala revisora limita su análisis a lo expuesto en el agravio, que debe guardar estrecha relación con las razones que sustentaron el fallo recurrido. El análisis del agravio está circunscrito a las consideraciones aducidas en la sentencia, la cual sólo podrá ser confirmada, revocada o modificada. Por ende, si los agravios son deficientes, la

Sala Superior está impedida legalmente de mejorar los argumentos de la parte que recurre a efecto de lograr, a cualquier costo, un beneficio para ésta.

En el ámbito federal, la jurisprudencia ha introducido una variante semántica distinta a las aquí examinadas para definir la inoperancia de un agravio. Dicha variante permite pensar la inoperancia *como ineficacia*. Puede ocurrir que un agravio sea fundado al demostrar que la instancia inferior cometió un error en la apreciación de los hechos, la valoración de las pruebas o bien al aplicar el derecho. En principio, y como ha quedado sentado, si un agravio es fundado la sentencia debe modificarse o revocarse. Si se revoca, se impone reexaminar la litis. Sin embargo, un agravio puede declararse fundado e inoperante, entendiendo aquí la inoperancia como ineficacia. ¿Cómo es posible esto? Partamos de la tesis jurisprudencial federal siguiente:

REVISIÓN FISCAL, AGRAVIOS FUNDADOS PERO INOPERANTES EN LA. Conforme a la jurisprudencia que sostuvo la otrora Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página ciento catorce del Tomo VI, Materia Común, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, de rubro: "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN FUNDADOS, PERO INOPERANTES.", es correcto que el tribunal de amparo se pronuncie sobre puntos que no fueron abordados por la autoridad de instancia, cuando el quejoso tiene razón en los planteamientos vertidos en sus conceptos de violación por omisiones de la responsable, **pero carece de ella en lo que ve al fondo del asunto**; en esa virtud, cabe decir que lo mismo sucede respecto de agravios en la revisión fiscal, donde igualmente deben declararse fundados pero inoperantes tales agravios cuando se advierta con toda claridad, y sin necesidad de hacer uso del arbitrio jurisdiccional, que la autoridad recurrente carece en el fondo de razón, pues ninguna utilidad le reportaría que se revocara la sentencia del Tribunal Fiscal si, a fin de cuentas, **el asunto a la postre se resolverá en su contra**, incluso, llegado el caso, en ulterior revisión fiscal; de manera entonces que, **en aras del principio de pronta y expedita administración de justicia** que se contiene en el artículo 17 constitucional, en casos como éste **conviene de una vez desestimar los agravios relativos**, en la inteligencia de que no sucede lo mismo cuando el punto en debate no resulta tan claro y sí, en cambio, es menester hacer uso del señalado arbitrio jurisdiccional, pues en dicha hipótesis, corresponderá de origen a la instancia común pronunciarse en ejercicio de sus facultades. (Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVI, Agosto de 2002. Tesis: VI.3o.A. J/18. Página: 1213. Énfasis añadido)

Los principios que rigen la declaración de un agravio como inoperante en el sentido de ineficaz son los de economía procesal y de expeditéz en la administración de justicia. Ocurre con frecuencia que, pese al carácter fundado de un agravio, la Sala Superior estima que sería innecesario modificar o revocar una sentencia, ya que en nada cambiaría el resultado alcanzado en la primera instancia. En otros términos, aún cuando se revocara la sentencia, se llegaría a un fallo idéntico al combatido (reconocimiento de validez o declaración de nulidad).

Sin embargo, para no incurrir en una motivación insuficiente, el Tribunal está constreñido a justificar cómo llega a tal conclusión, argumentándolo.

Supongamos que la autoridad administrativa, en un juicio relacionado con la destitución de un policía, apela señalando que la Sala juzgadora omitió valorar una prueba documental exhibida por ella. En dicha prueba se acredita que al policía se le practicó una prueba de orina, resultando positivo para cocaína. La Sala Superior constata que, efectivamente, con dicha documental no valorada la autoridad desvirtúa los fundamentos que condujeron a la Sala de primera instancia a declarar la nulidad del acto administrativo. Sin embargo, al mismo tiempo la Sala Superior concluye que, para no dejar en indefensión a quien no apeló (en el caso, el actor), es menester reexaminar los diversos argumentos que éste planteó. Así, la Sala Superior tiene que estudiar todos los argumentos hechos valer por la parte que no apeló, a efecto de no privarla de su derecho de defensa. Si se trata de la parte actora y entre dichos argumentos figura uno que conduzca a reiterar la declaración de nulidad, entonces el agravio se declara inoperante por ineficaz. Uno de dichos argumentos podría ser la incompetencia de la autoridad que inició el procedimiento disciplinario en contra del policía. Si ésta se acredita, entonces todo el procedimiento y la resolución administrativos son nulos, aún cuando se haya probado que el policía era consumidor de un estupefaciente. De cualquier forma, se llegaría a la misma conclusión: nulidad del acto administrativo.

Otra variante de inoperancia como ineficacia descubierta por la jurisprudencia federal es la que justifica tal calificativo en los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada. En efecto, cuando la Sala de primera instancia estudió la mayoría o todos los conceptos de anulación esgrimidos por la parte actora y halló que varios de ellos eran aptos para declarar la nulidad, si la autoridad que recurre la sentencia no ataca *todas* las consideraciones jurídicas de dicha Sala, puede ocurrir que se confirme la sentencia. Esto pasaría cuando una parte de dichas consideraciones fuera ilegal, pero las otras no, prevaleciendo finalmente la declaración de nulidad. Así se reconoce en la tesis siguiente:

AGRAVIOS EN LA REVISION FISCAL. DEBEN DESVIRTUAR TODOS LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA.

Cuando son varias las consideraciones que sustentan la sentencia recurrida, si **cada una de ellas, es suficiente por sí sola, con independencia de las otras, para declarar la nulidad de la resolución impugnada y en la revisión se desestiman los agravios hechos valer respecto de alguna de ellas, es innecesario examinar los restantes**, pues aun siendo fundados, serían ineficaces para conducir a su revocación o modificación tomando en cuenta que, para ese efecto, deben destruirse todos los argumentos de la Sala Regional del Tribunal Fiscal de la Federación.

(Novena Epoca. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, III, Mayo de 1996. Página: 474. Tesis: V.2o. J/17. Énfasis añadido.)

Subyace una cuestión de fondo: si se acepta que una sentencia fue emitida sustentada en *fundamentos ilegales o en la deficiente apreciación de los hechos del caso*, ¿es coherente confirmarla bajo la premisa de la inoperancia por ineficacia de los agravios? ¿La economía procesal debe prevalecer por encima de la racionalidad? Si una sentencia ha sido emitida con apoyo en fundamentos o valoraciones ilegales, estos defectos no desaparecen por el mero hecho de declarar inoperantes ciertos agravios. Por ende, y en aras de una mayor racionalidad en el discurso jurídico, sería idóneo revocar sistemáticamente las sentencias afectadas de invalidez y reexaminar la litis. En este caso prevalecería el derecho de defensa de las partes, ya que la Sala Superior estaría obligada a estudiar sus argumentos y a valorar las pruebas al reasumir jurisdicción.

5. La analogía en el discurso jurisprudencial

5.1 Notas sobre el razonamiento analógico

En un conocido trabajo sobre el tema, Manuel Atienza observó que existen tres usos históricos relevantes del término “analogía”: 1) analogía referida a los conceptos que no pueden definirse unívocamente, puesto que son “abiertos, vagos o borrosos”; 2) como la expresión de una proporción entre términos que presentan una semejanza de relaciones entre sí; 3) analogía en la argumentación, como una forma de razonamiento que va de lo particular a lo particular, o de lo semejante a lo semejante. (ATIENZA, 1986)

En la doctrina jurídica, particularmente la consagrada a los estudios de interpretación, la analogía figura como un modo de razonamiento capaz de colmar lagunas. Este papel es compartido con los principios generales del derecho. En sí misma, la analogía no constituye una fuente del derecho positivo. Sin embargo, la regla obtenida a través del razonamiento analógico sí puede generar una nueva norma general. Este es el aspecto de la analogía que interesa resaltar aquí: su carácter productor de normas, en particular vía jurisprudencial, contribuyendo a la afirmación del dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico.

Los juristas reconocen que los ordenamientos jurídicos no pueden prever todos los casos ni todas las soluciones. Al mismo tiempo, observan, como Alchourrón y Bulygin, que la “... exigencia de completitud de los sistemas normativos es una regla ideal, intrínsecamente ligada a la función central de estos últimos: hacer posible la adjudicación de un significado normativo a las acciones humanas... El ideal de completitud... es un ideal racional...” Con prudencia los autores citados afirman que “De la exigencia de que los sistemas normativos sean completos no se puede inferir que efectivamente lo son...” (ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 2002: 226)

El artículo 14 de la Constitución Federal establece que las sentencias deberán emitirse conforme a la “letra de la ley o a su interpretación jurídica”. A falta de éstas, “se fundarán en los principios generales del derecho.” Dentro de los métodos de interpretación jurídica está, precisamente, la analogía, basada en lo que se ha denominado “similitudes relevantes” o, más exactamente, “ semejanza de relaciones”. ¿Por qué se prefiere el sintagma semejanza *de relaciones*? Porque el razonamiento analógico vincula un aspecto relevante observado entre dos o más conjuntos, cada uno constituido por varios términos y argumentos. En su formulación lógica, el razonamiento analógico se construye sobre proposiciones relacionales. Explica Atienza: “... una proposición relacional es una proposición que no consta únicamente de dos términos: sujeto y predicado... sino de un número mayor de términos... dicho de otra manera, un predicado atributivo o monádico es un predicado que consta solamente de un argumento, mientras que un predicado se llama relacional cuando consta de dos o más argumentos (predicados diádicos, triádicos, etc.) (ATIENZA, 1986: 33-34)

El uso del argumento analógico posee límites conocidos en el derecho. Suelen invocarse los siguientes ámbitos: el de los derechos humanos; el penal y el fiscal.⁸⁴ En el primero, el uso del razonamiento analógico no puede conducir a restringir derechos más allá de lo expresamente señalado en las leyes. En los campos penal y fiscal, la analogía no debe producir tipos penales o contribuciones (“cargas fiscales”) no previstas por el legislador, ya que se quebrantaría la

⁸⁴ El artículo 5 del Código Fiscal de la Federación establece que, para desentrañar el alcance de lo dispuesto en las normas que fijan el sujeto, objeto, base, tasa o tarifa de una contribución y sus excepciones, deberán aplicarse *en forma estricta o restrictiva* los métodos de interpretación jurídica. Idéntico tratamiento debe conferirse a la imposición de sanciones (como las multas fiscales). En la tesis “INTERPRETACION DE LA LEY, INSTRUMENTOS AL ALCANCE DEL ORGANO JURISDICCIONAL PARA LA”, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito apuntó que los métodos de interpretación pueden emplearse “... con la única limitación de no introducir elementos normativos novedosos (interpretación extensiva), ni aplicar la norma a casos distintos de los previstos en ella (analogía)...” (Octava Época. Semanario Judicial de la Federación VII, abril de 1991. Página 192.) Recordemos que la analogía procede en relación a casos que guardan semejanzas relevantes. Si se está ante casos distintos, entonces no resulta aplicable la analogía, por lo que resulta equivocada la tesis en su parte final. Por otra parte, es discutible la afirmación contenida en la tesis respecto a que los métodos de interpretación no pueden emplearse para introducir normas jurídicas nuevas. De hecho, los jueces lo hacen en ciertos casos a través del uso de argumentos interpretativos. El problema, entonces, es delimitar en qué medida ha de emplearse tal poder.

En el campo penal, es conocida la prohibición del artículo 14 de la Constitución Federal, la cual impide el uso de la analogía y la mayoría de razón para determinar si se está o no ante un ilícito penal y fijar una pena, en respeto a los principios de legalidad y tipicidad. La SCJN ha extendido la prohibición del uso de la analogía en el caso de los subtipos penales por equiparación. Sin embargo, consideramos que debe distinguirse entre la prohibición de crear tipos penales (y sanciones) por analogía y razonar simplemente por analogía. Como tal, el razonamiento analógico no está literalmente prohibido en la Constitución.

seguridad jurídica. Según Ezquiaga Ganuzas, los límites al razonamiento analógico pueden sintetizarse así: a) la analogía no es posible cuando los supuestos no guardan semejanza o similitud; b) la aplicación analógica⁸⁵ es incompatible con el derecho a la legalidad penal; c) la analogía es imposible cuando el legislador ha pretendido regular restrictivamente una materia; d) la analogía no es utilizable para restringir derechos; e) no se puede suplir por vía analógica la falta de desarrollo legal, es decir, la omisión del legislador de regular una materia, lo que podría conducir a una restricción severa de un derecho fundamental; f) a un supuesto no es posible aplicarle extensivamente una regla que no pertenezca a su “ámbito de analogía” (siguiendo aquí, la expresión usada por el Tribunal Constitucional español, lo que significa que el intérprete considera que no existe una semejanza relevante entre dos supuestos, lo que torna inaplicable la analogía). (EZQUIAGA, 2006: 28-32)

Por otra parte, cabe resaltar que la Constitución Federal no distingue entre lagunas normativas y axiológicas. De hecho, la autorización constitucional de apelar a los métodos de interpretación e integración parte de la existencia implícita de las primeras ignorando las segundas, si bien éstas pueden constatarse en la praxis.

Siguiendo a Riccardo Guastini, el razonamiento analógico presenta la siguiente estructura lógica:

- a) Se parte... de que un determinado supuesto de hecho (F1) no viene disciplinado por ninguna norma explícita; es decir, el derecho presenta, *prima facie*, lagunas.
- b) Se parte... de que el supuesto de hecho no disciplinado (F1) guarda una semejanza relevante o esencial con otro supuesto de hecho (F2) regulado, éste sí, por una norma explícita que le atribuye una determinada consecuencia jurídica (‘si F2, entonces G’).
- c) Se concluye construyendo una norma o ‘máxima de decisión’ que también atribuye la misma consecuencia jurídica al supuesto de hecho no previsto: ‘si F1, entonces G’. La norma formada de este modo puede emplearse luego como fundamento de una decisión judicial.

... el argumento analógico es un argumento ‘productor’ de derecho que se usa para fundamentar no ya una decisión interpretativa (es decir, una decisión acerca del

⁸⁵ Ezquiaga emplea la expresión « aplicación analógica », la cual juzgamos ambigua. En efecto, una cosa es razonar por analogía y otra aplicar la analogía a un caso concreto. No necesariamente la prohibición de la aplicación analógica de normas conlleva, también, la prohibición de que se razone por analogía.

significado de una determinada disposición), sino más bien la creación jurisprudencial de una norma nueva ('si F1, entonces G'), una norma que no constituye el significado de ninguna disposición preexistente." (GUASTINI, 2000: 93-94)⁸⁶

Obsérvese que el punto inicial es la constatación de una laguna. Una clasificación bastante difundida sobre las lagunas es la que distingue entre lagunas normativas y axiológicas. Las primeras aparecen cuando un sistema jurídico no prevé una norma que sirva para resolver un conflicto de intereses. Apunta Carlos Santiago Nino: "... un cierto caso constituye una laguna de un determinado sistema normativo cuando ese sistema no correlaciona el caso con alguna calificación normativa de determinada conducta (o sea una solución)." (NINO, 2003: 281) Por "caso" Nino entiende una clase de acontecimientos, no un hecho individualizado. En cambio, la laguna axiológica surge "... cuando un caso está correlacionado por un sistema normativo con una determinada solución y hay una propiedad que es irrelevante para ese caso de acuerdo con el sistema normativo, pero debería ser relevante en virtud de ciertas pautas axiológicas." (*idem*)

Constatada la laguna normativa, el segundo paso es determinar la conexión que existe entre dos casos: uno que está regulado normativamente, y otro que no lo está. Entre ellos el intérprete observa un nexo especial, esto es una *semejanza relevante de relaciones*. Para Riccardo Guastini, la conexión se efectúa entre dos supuestos de hecho, a los que designa como "F1" y "F2". De su comparación se advierten coincidencias suficientes para extender el alcance de la solución ya conocida al caso que carece de ésta, siguiendo dos modos argumentativos conocidos: a) *a simili* o por analogía; b) *a fortiori* o por mayoría de razón. Ambos cumplen con una función integradora del ordenamiento jurídico, esto es, de colmar lagunas.

Sin embargo, en opinión de Guastini el argumento *a fortiori* "... se diferencia del argumento *a simili* en el hecho de que aquél no requiere suponer la 'semejanza' de los dos supuestos de hecho." (GUASTINI, 2000: 38) Sus dos variantes conocidas son: a) *a maiori ad minus* (así, el que tiene derecho a lo más tiene derecho a lo menos); b) *a minori ad maius* (por ejemplo, si está prohibido lo menos está prohibido lo más). Analizando las definiciones que la doctrina ha aportado sobre estas variantes, Ezquiaga Ganuzas concluye: "... el argumento *a maiori ad minus* se aplica a calificaciones ventajosas (Tarello), prescripciones positivas (Perelman) o leyes permisivas (Castán, Kalinowski); y el argumento *a minori ad maius* a calificaciones desventajosas, prescripciones negativas o leyes prohibitivas." (EZQUIAGA, 2006: 141) La

⁸⁶ De manera cercana a esta estructura, Ezquiaga Ganuzas propone la siguiente : « a) Una norma N que regula el supuesto S1 al que aplica la consecuencia jurídica C; b) Un supuesto S2 no regulado por ninguna norma; c) Los supuestos S1 y S2 son semejantes, y d) Entre los supuestos S1 y S2 se aprecia identidad de razón. En virtud de todo ello, y por medio del argumento analógico, se justifica la aplicación de la consecuencia C también al supuesto S2." (EZQUIAGA, 2006: 16)

clave del argumento *a fortiori* es la constatación de lo que ha sido designado por “mayor razón”, noción de suyo huidiza.⁸⁷

Se ha discutido si el argumento *a fortiori* es idéntico al argumento *a simili*. Coincidimos con Ezquiaga Ganuzas en la siguiente tesis: “El argumento *a fortiori* más que un argumento interpretativo en sentido estricto, es un método de integración, un método para llenar lagunas legales, en definitiva un instrumento de la interpretación extensiva o analógica. Independientemente de la polémica acerca de si el argumento *a fortiori* forma o no parte del argumento analógico, el hecho es que parece difícil negar, no sólo las conexiones o similitudes entre ambos argumentos, sino que por medio del argumento *a fortiori* se suprimen lagunas legales y, en cuanto al resultado, se obtiene una interpretación extensiva...” (*Op. Cit.*: 142-143) El resultado del razonamiento analógico o por mayoría de razón es la producción de una norma nueva que puede servir de precedente para la decisión de casos futuros. Este resultado interesa peculiarmente en esta investigación, ya que permite describir la conexión que hay entre el discurso jurídico y el ideal de plenitud en los ordenamientos jurídicos.

Como ejemplo, en materia administrativa, de cómo opera el razonamiento analógico, valga citar la siguiente tesis federal:

⁸⁷ En su trabajo sobre el examen de la argumentación del Tribunal Constitucional español, Ezquiaga Ganuzas pudo revelar que dicho órgano jurisdiccional suele imponer el argumento de la mayor razón sin justificarla. Sin ambages, afirma que su uso opera “...más como una coartada para encubrir las interpretaciones efectivamente llevadas a cabo que como un instrumento para interponer o encontrar regulación a una laguna jurídica...” En buena medida, tal uso del argumento *a fortiori* se ve favorecido “... porque para que el argumento conduzca a resultados ciertos es necesario que estén muy claros los elementos que pertenecen a una clase, es decir, que su clasificación debe ser lo suficientemente precisa como para controlar el significado de todos sus términos, de tal modo que sepamos con certeza si un elemento concreto puede incluirse o no en una clase determinada, cosa que es difícil que ocurra en el derecho.” Ver: EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, ediciones del Tribunal Federal Electoral, México, 2006, p. 155.

Ezquiaga juzga difícil afirmar que el argumento *a fortiori* sea un argumento lógico. Para que así fuera, tendrían que estar claramente planteados los elementos que pertenecen a una clase, “...de tal modo que sepamos con certeza si un elemento concreto puede incluirse o no en una clase determinada, cosa que es difícil que ocurra en el derecho.” (*Idem*) Sostiene que el Tribunal Constitucional español utiliza el argumento bajo una apariencia lógica, “... previa interpretación en el sentido deseado del enunciado del legislador donde se recoge la hipótesis que va a servir de apoyo a la argumentación. Gracias a esa interpretación se consigue moldear el enunciado de tal forma que el control de la mayor o menor razón, en definitiva el control lógico del argumento, no presenta problemas.” (*Ibidem*).

RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. UNA VEZ INTERRUPTO EL PLAZO PARA QUE OPERE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS FACULTADES SANCIONADORAS DE LA AUTORIDAD, EL CÓMPUTO SE INICIA NUEVAMENTE A PARTIR DE QUE SURTE EFECTOS LA NOTIFICACIÓN DE LA CITACIÓN PARA LA AUDIENCIA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

De los artículos 78 y 64 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos se concluye que el único acto que interrumpe el plazo de la prescripción de las facultades sancionadoras de la autoridad es el inicio del procedimiento administrativo, no las actuaciones siguientes, y que una vez interrumpido aquél debe computarse de nueva cuenta a partir del día siguiente al en que tuvo lugar dicha interrupción con conocimiento del servidor público, lo que acontece con la citación que se le hace para la audiencia, aun cuando en el mencionado artículo 78 no se establece expresamente, puesto que del análisis de las etapas que conforman tal procedimiento se advierte que en caso de que la autoridad sancionadora no cuente con elementos suficientes para resolver, o bien, advierta algunos que impliquen nueva responsabilidad administrativa, podrá disponer la práctica de investigaciones, citándose para otra u otras audiencias, lo que produciría que el procedimiento se prolongue, sin plazo fijo, a criterio de la autoridad sancionadora. Esto es, al ser la prescripción una forma de extinción de las facultades de la autoridad administrativa para sancionar a los servidores públicos que realizaron conductas ilícitas, por virtud del paso del tiempo, la interrupción producida al iniciarse el procedimiento sancionador mediante la citación a audiencia del servidor público deja sin efectos el tiempo transcurrido, a pesar de no disponerlo expresamente el artículo 78 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, ya que fue la misma autoridad sancionadora la que lo interrumpió al pretender probar la conducta ilícita del servidor público y ser de su conocimiento el procedimiento sancionador que debe agotar a efecto de imponerle una sanción administrativa, evitándose con ello el manejo arbitrario de la mencionada interrupción en perjuicio de la dignidad y honorabilidad de un servidor público. En consecuencia, la única actividad procedimental que ofrece certeza en el desenvolvimiento del procedimiento sancionador sin que exista el riesgo de su prolongación indefinida, es la citación para audiencia hecha al servidor público, con que se inicia dicho procedimiento, por lo que a partir de que surte efectos la notificación de la mencionada citación inicia nuevamente el cómputo del plazo de la prescripción interrumpida, sobre todo considerando que si la referencia al inicio del procedimiento sirvió para determinar el momento de interrupción del plazo de prescripción, aquélla puede ser utilizada para establecer el momento a partir del cual se vuelve a computar el citado plazo, sin que esto deje en estado de indefensión a la autoridad sancionadora, toda vez que antes de iniciar el procedimiento sancionador tuvo tiempo para realizar investigaciones y recabar elementos probatorios. (Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXI, Enero de 2005. Tesis: 2a./J. 203/2004. Página: 596.)

La tesis invocada plantea un problema de laguna normativa en el ámbito de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. En efecto, el artículo 78 de dicha Ley establece que prescribirán las facultades de las autoridades administrativas para iniciar, tramitar, resolver y sancionar a los servidores públicos una vez transcurridos los plazos que se precisan en sus dos primeras fracciones, atendiendo a la hipótesis de que se trate. El plazo comienza a contarse a partir del día natural siguiente a aquél en que se incurrió en la conducta infractora y se interrumpirá cuando la autoridad notifique el inicio del procedimiento administrativo de responsabilidad. Si la notificación se hace con posterioridad a los plazos legales, se entenderán prescritas dichas facultades. Ahora bien, en varios juicios de nulidad se llegó a plantear la siguiente interrogante: ¿comienza *nuevamente* el plazo de la prescripción una vez notificado el

inicio del procedimiento? No había duda que la notificación interrumpía los plazos de prescripción. Sin embargo, ¿es correcto pensar que dichos plazos iniciaban nuevamente? Algunos consideraban que, donde el legislador no distinguía, no correspondía al juzgador hacerlo. Otros, empero, sostenían que se estaba ante una laguna normativa: el legislador debió señalar si el plazo prescriptivo reiniciaba a partir del día siguiente a aquél en que se notificó el inicio del procedimiento de responsabilidad.

Una laguna normativa constituye un caso no regulado debiendo estarlo. En la especie, la Ley invocada no prevé que el plazo de la prescripción inicie nuevamente una vez que se notifique al servidor público el inicio del procedimiento. En sus demandas, los actores hacían notar que las resoluciones se emitían con mucha tardanza, produciendo gran incertidumbre en su esfera jurídica, ya que no sabían si serían declarados responsables o no. En el caso de aquellos funcionarios que hubiesen sido suspendidos de manera cautelar al inicio del procedimiento el impacto era mayor, ya que dejarían de percibir su sueldo durante todo el tiempo que se extendiese aquél, sin la garantía de ser reinstalados. La SCJN determinó que los plazos de prescripción regían, también, una vez notificado el citatorio para la audiencia de ley. La relación entre el caso regulado y el no regulado consiste en evitar que el servidor público permanezca en la incertidumbre, obligando a la autoridad tanto a iniciar el procedimiento de responsabilidad como a culminarlo en un plazo que no exceda, en ambos casos, de tres años.

En esta hipótesis, el plazo prescriptivo sólo podría interrumpirse en el momento en que fuese notificada la resolución definitiva al servidor público interesado. Tocaba a las autoridades administrativas soportar los efectos de su actuar negligente: "... la única actividad procedimental que ofrece certeza en el desenvolvimiento del procedimiento sancionador sin que exista el riesgo de su prolongación indefinida, es la citación para audiencia hecha al servidor público, con que se inicia dicho procedimiento, por lo que a partir de que surte efectos la notificación de la mencionada citación inicia nuevamente el cómputo del plazo de la prescripción interrumpida... sin que esto deje en estado de indefensión a la autoridad sancionadora, toda vez que antes de iniciar el procedimiento sancionador tuvo tiempo para realizar investigaciones y recabar elementos probatorios." Como puede apreciarse, la SCJN invoca el principio de la pronta impartición de justicia, contenido en el artículo 17 de la Constitución Federal, y con apoyo en él justifica la extensión de las reglas de la prescripción una vez que se notificó el inicio del procedimiento de responsabilidad.

No podemos soslayar la existencia de un punto discutible en la doctrina sobre la analogía: ¿cuándo y cómo se constata la "semejanza de relaciones"? ¿Por qué se juzga "relevante" y en qué medida intervienen las valoraciones del intérprete en el proceso? No existe una explicación unívoca en la doctrina:

Es curioso observar que los autores que ofrecen un concepto de analogía y que señalan los requisitos o el tipo de relación que debe establecerse entre el supuesto no regulado y

la norma de referencia... pueden ser agrupados en dos bloques... los que ponen el acento en el parecido de las dos hipótesis o supuestos; y los que inciden en su semejanza de razón.

Para el primero de estos grupos de autores la extensión analógica se justifica simplemente por “el parecido” o “la semejanza” entre las dos hipótesis —la regulada y la no regulada—. Esta extensión se justifica por referencia a la voluntad del legislador, es decir, se considera, ante el silencio del legislador, que éste ha querido dar el mismo tratamiento a dos hipótesis parecidas, de lo contrario hubiera realizado una manifestación expresa de su voluntad en otro sentido.

Evidentemente no todos los autores de este primer grupo se ciñen exclusivamente a resaltar la similitud de hipótesis como requisito único para la analogía. Hay autores que hacen especial hincapié en este elemento pero que no lo consideran suficiente para permitir la analogía y estiman necesaria, asimismo, la presencia de otra relación de similitud más “metafísica”. Este es el elemento que resaltan los autores que agrupábamos en el segundo bloque. Para ellos el requisito fundamental que justifica la analogía es la existencia de lo que el CC [Código Civil español] denomina “identidad de razón”.

Como es fácilmente observable, tanto si se pone el acento en la mera semejanza entre las hipótesis, como si se exige además una identidad en la razón, el problema fundamental del argumento analógico es la apreciación de la semejanza o de la identidad de razón, o para ser más exactos, **la apreciación de la relevancia de la semejanza**. (EZQUIAGA, 2006: 17-18. Énfasis añadido.)

En efecto, el razonamiento analógico “...consiste en asimilar el caso no calificado normativamente a otro que lo esté, sobre la base de tomar como relevante alguna propiedad que posean en común ambos casos... este procedimiento no se aplica mecánicamente y, cuando se lo aplica, deja al juez un amplio margen de arbitrio, ya que todo caso imaginable se parecerá a otro en algún aspecto y se diferenciará de él en otros muchos.” (NINO, 2003: 285) La apreciación de la semejanza involucra *un momento valorativo* ya que resulta opinable determinar cuál es la razón común a dos o más casos. Por ello, reconocemos con Nino que “... no hay reglas para establecer qué semejanzas entre los casos son relevantes y qué diferencias son irrelevantes...” (*Ibidem*: 293) Ciertamente, no se han identificado reglas, pero pueden moldearse criterios interpretativos para identificar la semejanza. Luego, creemos útil destacar, en el campo de la jurisprudencia, cómo el intérprete advierte la semejanza y cómo justifica su relevancia.

Con independencia de que no existan reglas predeterminadas para fijar qué es o no semejante, creemos que una inferencia analógica sí debe estar suficientemente justificada. La justificación ha de versar sobre cómo y por qué una determinada razón funge como premisa para resolver el caso que no posee una solución (laguna normativa) o, poseyéndola, no debe ser aplicada por confrontarse a una pauta axiológica preeminente (laguna axiológica o ideológica). Guastini coincide en la necesidad de argumentar la existencia de la relación de semejanza para evitar una conclusión arbitraria: "... la semejanza entre los dos supuestos de hecho no es algo que pueda afirmarse apodícticamente:⁸⁸ el argumento analógico debe completarse aduciendo otras razones independientes a favor de la semejanza entre los dos supuestos de hecho." (GUASTINI, 2000: 97) El razonamiento por analogía se sostiene, según opinión de la doctrina, en conclusiones opinables o probables. Es por ello que se reconoce su carácter "inestable", pudiéndose controvertir la presunta existencia de analogía, situándosele más bien en el "terreno opinable de la dialéctica y no en el de la demostración" (PERELMAN, 2000: 601 y DEHESA: 2007: 427, respectivamente).

Sin embargo, aunque la conclusión de un razonamiento analógico sea probable, ello no le priva de utilidad. Hemos afirmado que el legislador no puede predeterminar todos los casos ni todas las soluciones, pero el Derecho está llamado a presentar una solución a los conflictos de intereses. Es conocido el denominado *principio de inexcusabilidad* el cual impone a los jueces fallar en toda causa que se les presente con apoyo en normas provenientes del ordenamiento jurídico. La analogía "... permite resolver uno de los problemas básicos de cualquier ordenamiento jurídico: la innovación del sistema conservando su estructura; o, dicho de otra manera, la reducción de la complejidad del medio social al permitir la adecuación de un sistema constituido por un conjunto de normas fijas, a un medio en constante transformación." (ATIENZA, 1986: 180)

En el campo de los precedentes, el razonamiento analógico desempeña un papel relevante. Ciertamente, además de la jerarquía entre tribunales (o la fuente de la que proceda el precedente), el criterio para determinar si una decisión puede estimarse como *precedente* de otra lo es la existencia de una semejanza relevante entre ambos, así como el imperativo de justicia formal de aplicar la razón ya conocida a un caso nuevo que presenta un supuesto de hecho comparable. En términos argumentativos, el núcleo justificativo subyace en la *ratio decidendi*. En la tesis intitulada "JURISPRUDENCIA. EXAMEN DE LAS SENTENCIAS QUE LA CONSTITUYEN. ANALOGIA. APLICACIÓN INOPERANTE DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES POR ESTE CRITERIO", el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito señaló:

⁸⁸ En el terreno de la lógica una proposición apodíctica es aquella juzgada necesariamente válida, que no admite contradicción. El conocimiento apodíctico se sostiene sobre premisas acerca de lo que *debe* ocurrir, en oposición a lo que puede ocurrir o sucede de hecho. (DE GORTARI, 2000: 42)

De una manera exacta y rigurosa, una sentencia de la Suprema Corte de Justicia consiste en lo que decide y en las razones inmediatas de decidirlo. Por tal motivo, es necesario estudiar las cinco sentencias que forman la jurisprudencia invocada, para conocer sus vinculaciones con los casos concretos a que se refieren y al no existir elementos comunes entre los dos supuestos, los de las ejecutorias que formaron la jurisprudencia mencionada y el caso a estudio, se impone concluir que las razones jurídicas que informan las ejecutorias que constituyen la jurisprudencia, no son aplicables por analogía al problema planteado. (Séptima Época. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Parte. Página 364.)

Es común, en la práctica judicial, invocar precedentes federales “por analogía” para sustentar los fallos. Sin embargo, muchas veces no se justifica cuál es la semejanza relevante entre el precedente y el caso a estudio. Tanto en los sumarios de demanda como en las sentencias se invocan tesis federales “por analogía” de manera mecánica, omitiendo describir en qué medida la razón jurídica que rige en un precedente guarda una conexión estrecha con el nuevo caso. Esta práctica viciada constituye, en el caso de las sentencias, una violación elemental al deber de motivar debidamente el acto de autoridad.

¿Cómo se ha comprendido el razonamiento analógico en el campo de la jurisprudencia federal? En la tesis “MÉTODO ANALÓGICO, APLICACIÓN DEL”, la SCJN precisa sus características así: 1) debe existir una laguna normativa, lo cual es posible debido a que no pueden preverse todos los casos; 2) ha de constatarse la “igualdad esencial de los hechos”; 3) la analogía estará prohibida cuando la ley restrinja su empleo, como ocurre en materia penal. En dicha tesis, la entonces Tercera Sala concluyó que “... mediante la analogía, el ámbito de aplicación de las leyes se extiende más allá del repertorio de los casos originalmente previstos, con tal de que se trate de supuestos similares o afines a aquéllos, siempre que la *ratio legis* valga igualmente para unos y para los otros...”⁸⁹ Estas características se han mantenido constantes en la jurisprudencia federal hasta nuestros días.

La analogía ha sido empleada por los tribunales federales en relación al ámbito competencial del TCADF. En los años noventa se presentaron numerosos juicios de nulidad en contra de actos como la destitución y la solicitud de prestaciones de seguridad social por parte de policías. En aquellos días existían serias dudas acerca de qué órgano jurisdiccional debía conocer de dichos asuntos: o bien el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje o bien el TCADF. En principio, se trata de asuntos con una clara índole laboral, por lo que podría concluirse que el órgano competente es el primero de los señalados. Sin embargo, el Poder Judicial de la Federación determinó que corresponde al TCADF admitir, tramitar y resolver todo juicio relacionado con prestaciones laborales de policías, ya que: 1) los cuerpos policíacos se rigen por sus propias leyes, según se precisa en el apartado B del artículo 123 de la Constitución Federal; 2) las leyes que regulan los cuerpos policíacos en el Distrito Federal

⁸⁹ Séptima Época. Semanario Judicial de la Federación, cuarta parte, página 218.

no prevén ante qué órgano del Estado puede acudir el policía para hacer valer sus derechos cuando éstos sean afectados por sus superiores jerárquicos; 3) el artículo 17 de la Constitución Federal establece que todo conflicto de intereses debe resolverse institucionalmente y de manera expedita; 4) las leyes que norman la disciplina policial, como la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal, se ubican en el ámbito administrativo; 5) el TCADF posee atribuciones expresas para conocer de juicios de nulidad iniciados en contra de actos de autoridades de la Administración Pública del Distrito Federal; 6) los actos que afectan los derechos laborales y de seguridad social de los policías del Distrito Federal son de índole materialmente administrativa, por lo que el TCADF es el órgano jurisdiccional afín para controlar la legalidad de aquéllos.⁹⁰

En el caso que se comenta, el Poder Judicial de la Federación utilizó argumentos *a simili* y *a fortiori* para fundamentar la competencia del TCADF, lo que produjo el efecto institucional de liberar a otros tribunales de la creciente carga de trabajo que se estaba observando. Apuntó que existe una relación de semejanza entre los actos emitidos por autoridades distintas a los cuerpos policíacos y aquéllas que lo son por los superiores jerárquicos de los policías. Dicha relación estriba en que, en cualquier caso, se está ante actos de índole administrativa, aún cuando se reclamen prestaciones laborales. Asimismo, determinó que si el Tribunal conocía ya de asuntos relacionados con la reinstalación y el pago de sueldos de policías, también debía extender su competencia a los reclamos en materia de pensiones. A partir de entonces, el TCADF recibe todas las demandas relacionadas con dichos conflictos.

En las líneas que siguen se exponen casos que ilustran los siguientes ángulos del razonamiento analógico en el discurso jurisprudencial: 1) la construcción argumentativa de la semejanza de relaciones; 2) la creación de normas jurídicas nuevas a partir del razonamiento analógico.

⁹⁰ Véase la tesis “**COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS CONFLICTOS PLANTEADOS EN CONTRA DE LA SECRETARÍA DE SEGURIDAD PÚBLICA DEL DISTRITO FEDERAL, POR UN POLICÍA, CON MOTIVO DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS. CORRESPONDE, POR AFINIDAD, AL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL.**” (Novena Epoca. 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; VIII, Diciembre de 1998. P. 382).

5.2 Muestra de textos

5.2.1 Sobre la semejanza de relaciones

Para examinar *la construcción argumentativa de la semejanza de relaciones* hemos seleccionado las tesis números **4/1998** y **11/1999**. En el primer caso, se plantea si las denominadas “propuestas de declaración” en materia fiscal constituyen o no una resolución “definitiva”. En el segundo se define la cuestión de si las órdenes de visita pueden o no ser impugnadas desde que sean notificadas a los gobernados. La respuesta depende de la posibilidad de establecer un nexo relevante entre las órdenes de visita y los actos de autoridad, notablemente desde el punto de vista de los requisitos formales que deben cumplir ambos.

¿Qué es una “propuesta de declaración” y qué una “orden de visita”? En el artículo 30 del Código Financiero del Distrito Federal vigente en el año de mil novecientos noventa y ocho, año en que se publicó la tesis número cuatro, se señalaba que los contribuyentes podrán pagar utilizando los formatos aprobados por la Secretaría de Finanzas del Distrito Federal. Dichos formatos se designan “propuestas de declaración”, las cuales envía la Tesorería del Distrito Federal a los domicilios de los contribuyentes para que éstos, en caso de aceptar la cuantificación contenida en ellas, paguen la contribución adeudada. Ahora bien, las órdenes de visita se emiten por las autoridades administrativas y fiscales en el ejercicio de sus facultades de inspección o revisión. Ejemplos típicos de dichos actos son las órdenes de visita domiciliaria en materia fiscal (así, para revisar el pago puntual del impuesto sobre nóminas) o las de verificación en el ámbito administrativo (por ejemplo, sobre un restaurante-bar). El artículo 16 de la Constitución Federal establece que toda orden emitida por una autoridad administrativa deberá ser fundada y motivada, constar por escrito y precisar la persona y objeto relacionados con la diligencia. Asimismo, precisa que podrán practicarse visitas domiciliarias “para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales...”

Las tesis citadas poseen el siguiente texto literal:

(TESIS 4/1998) PROPUESTAS DE DECLARACIÓN. CONSTITUYEN RESOLUCIONES FISCALES DEFINITIVAS LAS QUE NO ESTÉN CONTENIDAS EN LAS FORMAS OFICIALES PUBLICADAS EN LA GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL, AUNQUE LA AUTORIDAD LAS DENOMINE. Por disposición del artículo 30 del Código Financiero del Distrito Federal, la autoridad fiscal podrá emitir propuestas de declaración para facilitar a los

contribuyentes el cumplimiento de presentar declaraciones para el pago de sus contribuciones; al respecto, sólo tendrán el carácter de propuestas las contenidas en las formas oficiales aprobadas por la Secretaría de Finanzas y publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal. De manera que si la documental en la que se determine una obligación fiscal es diferente a las formas oficiales aprobadas, aún cuando consigne que es una propuesta de declaración, se trata de una resolución definitiva impugnante ante este Tribunal.

(TESIS 11/1999) ÓRDENES DE VISITA. DESDE EL MOMENTO DE SU CONOCIMIENTO PUEDEN SER IMPUGNADAS LAS. Las órdenes de visita son actos de autoridad que deben reunir las formalidades legales consignadas en el artículo 16 Constitucional, consistentes en constar por escrito, estar fundadas y motivadas, y firmadas por autoridad competente. En tal virtud, si una orden de visita no reúne los citados requisitos, el afectado podrá impugnarla, por tratarse de un acto de molestia; o bien esperar hasta que sea de su conocimiento la resolución definitiva, derivada de dicha orden. Es decir, podrá promover simultáneamente la nulidad de la orden de visita y la de la resolución definitiva.

¿Por qué estas tesis ejemplifican, en nuestra consideración, el problema de la semejanza relevante entre cosas? Asimismo, ¿expresan abiertamente una cuestión de analogía?

En la jurisprudencia número cuatro el problema central consiste en determinar si las propuestas de declaración que formula la autoridad fiscal poseen o no el carácter de una resolución definitiva. Al señalar que sí tienen tal carácter cuando se emitan sin emplear un formato oficial, se posibilita el que los gobernados demanden su nulidad. Por tanto, la tesis concluye que el nombre “propuesta” no es un criterio definitivo, sino que hay que apelar a la forma como elemento clave a fin de precisar si es o no una resolución. Sin embargo, la tesis no desarrolla, en ningún momento, la noción de “resolución fiscal definitiva” (o, más genéricamente, de resolución definitiva). Sugerimos que, en esta tesis, se encuentra implicado un problema de analogía ubicado en la noción de “resolución definitiva”. De su definición dependerá el que, no sólo los documentos llamados “propuestas” sino cualquier otro acto emitido por una autoridad fiscal del Distrito Federal y notificado a un contribuyente pueda calificarse de resolución y, por tanto, se posibilite su impugnación.

En efecto, en la tesis existe una premisa implícita: todo acto de autoridad fiscal que posea las características de una resolución definitiva será impugnante ante el TCADF independientemente de su designación. En nuestra consideración, éste era el problema de mayor relevancia, ya que de su elucidación depende el que, no sólo las “propuestas” sino muchos otros actos puedan ser combatidos a través del juicio de nulidad. Ahora bien, ¿qué elementos deben tener los actos de autoridad para ser calificados de “resoluciones definitivas”, *independientemente* de la designación que le dé la autoridad fiscal?

Para determinar las características jurídicamente relevantes del concepto “resolución definitiva” puede apelarse a los criterios señalados en los artículos 2, fracción XXIV y 6 de la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal: 1) un acto es una resolución definitiva cuando es emitido por una autoridad competente en el ejercicio de sus funciones; 2) expresa la manifestación unilateral de voluntad de dicha autoridad; 3) busca cumplir con un objetivo de interés público; 4) es imperativo, es decir, se impone su contenido al gobernado; 5) pone fin a un procedimiento. A estos criterios puede adicionarse lo dispuesto por la fracción III del artículo 23 de la Ley del TCADF vigente en el año de publicación de la tesis: “Artículo 23.- Las Salas del Tribunal son competentes para conocer:... III.- De los juicios en contra de las resoluciones definitivas dictadas por la Administración Pública del Distrito Federal **en las que se determine la existencia de una obligación fiscal, se fije ésta en cantidad líquida o se den las bases para su liquidación, nieguen la devolución de un ingreso indebidamente percibido o cualesquiera otras que causen agravio en materia fiscal;...**” (énfasis añadido)⁹¹

Examinaremos la tesis 4/1998 a partir de sus precedentes y observaremos cómo, al redactarla, *se omitió inexplicablemente el problema central de orden analógico*: cuándo y por qué un acto fiscal, con independencia de la denominación que le otorgue la autoridad, posee el carácter de resolución definitiva susceptible de impugnación. En suma, constataremos no solamente cómo la redacción de la tesis es fallida sino, también, resaltaremos uno de los aspectos de la analogía, cual es la semejanza de relaciones, **el cual sí está desarrollado en sus precedentes**.

La segunda tesis, la número 11/1999 relativa a las órdenes de visita, se construye en torno de la definición de “actos de autoridad”. A diferencia de la primera tesis, en esta sí se establecen criterios delimitadores de lo que es un acto de autoridad: 1) deben constar por escrito; 2) han de fundarse y motivarse; 3) deben ser firmados por autoridad competente. Conforme a estos criterios, se afirma en la tesis que “...si una orden de visita no reúne los citados requisitos, el afectado podrá impugnarla, por tratarse de un acto de molestia; o bien esperar hasta que sea de su conocimiento la resolución definitiva, derivada de dicha orden.”

Juzgamos que la tesis comentada expone un caso de analogía donde se postula una semejanza relevante de relaciones entre los actos de autoridad (y sus características), por una parte, y las órdenes de visita (y sus características, coincidentes con los primeros), por otra parte. Los actos de autoridad, en general, tienen que reunir los requisitos antes descritos. En caso de que no sea así, entonces podrán ser impugnados desde el momento de que se notifiquen al gobernado. Si ésto ocurre con los actos de autoridad (por ejemplo, una orden de cateo), entonces es posible que acontezca análogamente con las órdenes de visita. El punto total

⁹¹ Esta redacción se repite en el artículo 31 fracción III de la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal vigente a partir del once de septiembre de dos mil nueve.

consiste en determinar si las órdenes de visita poseen características similares a las de los actos de autoridad. La tesis concluye que sí. Esta afirmación posibilita su impugnación independientemente del resultado del procedimiento administrativo o fiscal derivado de dichas órdenes.

Debemos resaltar que, además de ejemplificar un caso de semejanza de relaciones, la tesis ilustra uno de argumentación analógica *a fortiori*. El argumento podría reconstruirse así: si los actos de molestia pueden ser impugnados por deficiencias de forma desde que se notifiquen y las órdenes de visita son, también, actos de molestia (porque deben reunir, para ser constitucionales, ciertos requisitos), entonces también pueden impugnarse desde que se conozcan, sin que el gobernado esté obligado a esperar la emisión de la resolución.

5.2.2 Sobre la creación de normas jurídicas nuevas

Para mostrar un segundo aspecto de la analogía, centraremos nuestra atención en la creación de normas jurídicas nuevas. Si bien no constituye una novedad afirmar que los juzgadores ejercen discrecionalidad al juzgar, mostraremos cómo se realiza en el caso de la tesis número **70/2008** (publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el día tres de septiembre de dos mil ocho). Su texto literal es el siguiente:

(TESIS 70/2008) SERVIDORES PÚBLICOS. EL PLAZO PARA EL CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA FACULTAD SANCIONADORA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 78 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA DE APLICACIÓN VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL, NO SE INTERRUMPE CON LA NOTIFICACIÓN DE UNA RESOLUCIÓN QUE FUE DECLARADA NULA. Del contenido del texto del artículo 78 fracción II párrafo tercero de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos de aplicación vigente en el Distrito Federal, se advierte que el único acto tendiente a la interrupción de las facultades sancionadoras de la autoridad administrativa competente, lo es el inicio del procedimiento correspondiente. Sin embargo, en el texto de la jurisprudencia 2ª./J. 203/2004 que sustentó la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que fue publicada con el rubro “*RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. UNA VEZ INTERRUMPIDO EL PLAZO PARA QUE OPERE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS FACULTADES SANCIONADORAS DE LA AUTORIDAD, EL CÓMPUTO SE INICIA NUEVAMENTE A PARTIR DE QUE SURTE EFECTOS LA NOTIFICACIÓN DE LA CITACIÓN PARA LA AUDIENCIA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.*”, misma que es de aplicación obligatoria para este Tribunal de acuerdo con lo que dispone el artículo 192 de la Ley de Amparo, se interpretó el artículo 78 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, determinándose

que la prescripción reinicia su cómputo a partir de que surte efectos la notificación del citatorio para la audiencia de ley y únicamente se interrumpirá con la notificación de la resolución sancionadora respectiva. No obstante lo anterior, si una resolución determinante de responsabilidad administrativa fue declarada nula ante la evidencia de vicios formales, ésta no interrumpe el plazo de la prescripción referido recientemente, ya que esa declaratoria apareja que el acto administrativo no produzca ningún efecto jurídico.

En el texto de la tesis se invoca otra, la número número 2ª./J. 203/2004. Al referirnos a la analogía como una forma de razonamiento citamos la tesis federal, la cual sirve de fundamento a la del TCADF en un claro ejemplo de intertextualidad discursiva. El tema considerado en la tesis 70/2008 parte de la constatación de una laguna normativa derivada del examen del artículo 78, fracción II, párrafo tercero de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos vigente en el año de dos mil ocho. Dicho precepto establecía:

ARTÍCULO 78.- Las facultades del superior jerárquico y de la Secretaría para imponer las sanciones que esta ley prevé se sujetarán a lo siguiente:

I.-...

II.-

El plazo de prescripción se contará partir del día siguiente a aquél en que se hubiera incurrido en la responsabilidad o a partir del momento en que hubiese cesado, si fue de carácter continuo.

En todos los casos la prescripción a que alude este precepto se interrumpirá al iniciarse el procedimiento administrativo previsto por el artículo 64.

Como apunta Riccardo Guastini, el razonamiento analógico parte de la constatación de una laguna normativa, es decir de un supuesto de hecho no disciplinado por ninguna norma jurídica de manera explícita. ¿Dónde aparece la laguna normativa? El párrafo tercero del artículo 78 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos dispone que la prescripción de las facultades de la autoridad administrativa *se interrumpe* al iniciarse el procedimiento de responsabilidad. Conviene recordar que el procedimiento se inicia, legalmente, con el acto de la notificación del citatorio para la audiencia de ley al que se refiere

la fracción I del artículo 64 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. En dicho citatorio se pormenorizan los hechos y conductas que se atribuyen al servidor público, así como las pruebas en las que se sustenta el procedimiento. Asimismo, se indica al servidor público que deberá acudir a una audiencia en la que podrá ofrecer pruebas y alegar, en respeto a su derecho de defensa.

En principio, la regla general establece que la prescripción se interrumpe con el acto de la notificación personal del inicio del procedimiento. Es claro que el legislador no pensó, en el momento de redactar la norma, en el caso de que la prescripción pudiera comenzar de nueva cuenta a partir del día en que se notificó el citatorio, pudiéndose interrumpir hasta el momento en que se notifique la resolución definitiva. Ahora bien, nótese que la tesis jurisprudencial desarrolla una segunda solución. En efecto, el legislador tampoco previó cómo contar la prescripción en la hipótesis de un procedimiento anulado por vicios de forma. En este caso, todo lo actuado a partir del vicio procedimental carecería de validez. Si, por ejemplo, la violación se cometió en el acto mismo de notificar el citatorio (así, notificar en un domicilio fuera del Distrito Federal, donde la autoridad local no tiene competencia), entonces se entiende que el plazo nunca se interrumpió, sino que continuó hasta agotarse. Si la violación aconteció en la audiencia de ley (por no haber desahogado una prueba ofrecida oportunamente por el servidor público, o haberle desconocido su derecho a contar con un defensor), entonces todo lo actuado a partir de dicha audiencia resultaría nulo. Finalmente, si el vicio tuvo lugar en la propia resolución (por ejemplo, por no haber valorado una prueba), dicha resolución sería nula y tendría que emitirse una nueva, pero con la posibilidad de que se declarasen prescritas las facultades de la autoridad administrativa. Por tanto, cuando un tribunal como el TCADF declara la nulidad de una resolución administrativa que sancionó a un servidor público y ordena la reposición del procedimiento es posible que la autoridad se vea impedida de resolver nuevamente debido al hecho de que, entre la comisión de la conducta infractora y la emisión de la sentencia que anuló la resolución, transcurrió en exceso el plazo de prescripción correspondiente (sea un año o tres años, conforme a las hipótesis del artículo 78 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos).

En la tesis 70/2008 se plantean dos soluciones. En primer término, aunque la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos no lo señale expresamente, debe entenderse que el plazo de prescripción reinicia a partir de que surta efectos la notificación del citatorio para la audiencia de ley y sólo podrá interrumpirse cuando se notifique la resolución administrativa al funcionario. En segundo término, si una resolución administrativa es impugnada y declarada nula por el TCADF por vicios de procedimiento, debe afirmarse que el plazo prescriptivo no se interrumpió, ya que ningún acto inválido puede producir efectos jurídicos. Es claro que estas dos soluciones suscitan enorme inquietud en las autoridades administrativas ya que todo procedimiento de responsabilidad que sea resuelto tardíamente puede ser declarado nulo por prescripción. Ello significaría que todo el trabajo de investigación realizado por las contralorías internas quedaría reducido a la nada por el hecho de la prescripción de facultades.

En la última parte de este capítulo tendremos ocasión de examinar detenidamente la tesis aquí descrita.

5.3 Las propuestas de declaración

En términos del Código Financiero del Distrito Federal (Código Fiscal del Distrito Federal a partir del año de dos mil diez), los contribuyentes tienen el deber de presentar las declaraciones fiscales periódicamente con el fin de cumplir sus obligaciones fiscales. El mismo ordenamiento faculta a la autoridad fiscal para emitir propuestas de declaración. En ellas se informa a los contribuyentes el estado de sus obligaciones con el fin de facilitar su cumplimiento. En la tesis 4/1998 el TCADF estableció que procederá el juicio de nulidad cuando se impugne una propuesta de declaración que conste en un formato no oficial, esto es, no aprobado previamente por la Secretaría de Finanzas del Distrito Federal y cuya publicación no conste en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

Hoy como ayer, la autoridad fiscal sigue emitiendo actos como las propuestas e, incluso, bajo otras modalidades, como las denominadas “cartas invitación” o el “formato universal de Tesorería”, el cual puede obtenerse a través de la Internet. Como pudo advertirse en la presentación de las tesis, en la número 4/1998 se soslaya abiertamente el tema de fondo: ¿en qué casos las propuestas de declaración adquieren la calidad de resoluciones fiscales definitivas para efectos de su impugnación? Para contestar a esta cuestión, debe establecerse un punto de comparación entre dichas propuestas y las resoluciones fiscales definitivas. Este criterio consta en los precedentes de la tesis pero, inexplicablemente, se omitió en su redacción. Por tanto, la tesis emplea el criterio de la forma del documento para determinar si es o no impugnabile a través del juicio de nulidad.

En efecto, la tesis centra su atención en el criterio de la forma de presentación del acto fiscal, no así en los elementos que resultan mínimamente indispensables para estimar que, independientemente de su forma (aspecto variable o contingente), lo definen como un acto definitivo susceptible de impugnación (aspecto necesario).

Al examinar los precedentes de la tesis jurisprudencial podemos apreciar que en ellos se emplean, indistintamente, los dos criterios antes señalados: *el de la forma del documento y el de su contenido*. Sorprende el que sea así, porque la redacción de la tesis no guarda una conexión íntegra con ambos criterios, *los cuales sí se esgrimen en los precedentes*. Examínese, por ejemplo, lo argumentado al resolverse el recurso de apelación número 212/1997, uno de ellos:

III.- En su único agravio argumenta la recurrente que la Sala ordinaria viola el artículo 80 fracciones I y II de la Ley que rige a este Tribunal, en relación con los artículos 30, 149, 151, 152 y 153 y demás relativos del Código Financiero del Distrito Federal, al no considerar los argumentos que se hicieron valer al plantear la causal de improcedencia del juicio de que se trata: que de conformidad con el artículo 149 fracción I párrafo quinto del Código Financiero del Distrito Federal, la autoridad para facilitar a los contribuyentes el cumplimiento de sus obligaciones en materia de impuesto predial proporcionará propuestas de determinación de valor catastral y pago del impuesto predial, mismas **que no tendrán el carácter de resoluciones fiscales definitivas, ya que el contribuyente podrá o no aceptarlas**, por lo que si la parte actora no estaba de acuerdo con las cantidades consignadas en el acto impugnado, ésta tenía la opción de autodeterminarse...

El agravio a estudio resulta infundado... del examen que esta Sala Superior realiza de las constancias que obran en autos... se concluye que **no se trata de propuestas de declaración**, ya que en los recibos... con fecha de emisión del dieciocho de septiembre de mil novecientos noventa y seis, en el anverso de los mismos entre otros datos se contiene el impuesto actualizado respecto de los bimestres... así como los recargos correspondientes a dichos bimestres, estableciéndose como cantidad total a pagar... de lo que se concluye con toda claridad que **a pesar de que en dicho recibo aparezca señalada la leyenda ‘propuesta de declaración...’ los recibos impugnados sí constituyen resoluciones definitivas en virtud de que se está determinando la existencia de una obligación fiscal en cantidad líquida y se dan las bases para su liquidación por concepto de impuesto predial, los recargos correspondientes a dichos bimestres y en los que además se le indica al contribuyente que los recibos impugnados deberán ser pagados en la fecha de su emisión;** por lo tanto, no puede considerarse que se trata de una propuesta de declaración, si no de un acto definitivo en materia fiscal, por lo que se estima cumplido el supuesto previsto en la fracción III del artículo 23 de la Ley que rige a este Tribunal...

Además, cabe señalar que los recibos impugnados no se contienen en los formatos oficiales para las propuestas de declaración a que se refiere el artículo 30 y 149 fracción I, párrafo V, del Código Financiero del Distrito Federal.

... (Énfasis añadido)

En el precedente citado se aplican los dos criterios para juzgar infundado el agravio de la autoridad fiscal: a) el de la forma del documento notificado al contribuyente; b) el de su contenido. ¿Por qué la tesis aquí examinada descarta el segundo, a nuestro juicio de mayor relevancia? Asimismo, en el recurso de apelación número 1324/1996, incluido en el listado de precedentes que constituyeron la tesis se concluyó que las propuestas de declaración son verdaderas resoluciones definitivas, e incluso apunta que *la forma es secundaria respecto al contenido*: "... lo anterior es independiente de la forma en que se le denomine, pues por su naturaleza resulta un acto de molestia, dado que está emitido por una autoridad dependiente del Departamento del Distrito Federal como lo es la Administración Tributaria Local San

Jerónimo... y en los mismos se está cobrando al contribuyente un crédito fiscal determinado por la autoridad fiscal...” En los precedentes citados estaba claramente expuesto el criterio del contenido del acto fiscal. De haberlo distinguido en la tesis jurisprudencial, ésta tendría mayor contundencia y alcance. Interesa recordar, empero, que a pesar de esta deficiencia la tesis se aplica *como si en ella se incluyera el criterio del contenido*. Aquí cabría preguntarse: cuando se usa la tesis en este sentido y dicha tesis es el fundamento clave de la decisión, ¿están bien motivadas las sentencias que emite la Sala Superior?; ¿cómo superar este déficit de comunicación y motivación?; ¿obliga una tesis jurisprudencial que soslaya elementos fundamentales de los precedentes que la integraron? En todo caso, en la práctica el juzgador puede referirse al criterio del contenido y argumentarlo en sus sentencias, si bien esta práctica no supera el defecto advertido en la tesis.

Con independencia de lo anterior, en los precedentes se establece una analogía entre los actos administrativos que poseen carácter de resolución y las propuestas de declaración. Dicha analogía reposa sobre ciertos criterios que identifican a un acto de autoridad como una “resolución definitiva”. Estos criterios, señalados en los precedentes, son los siguientes: 1) debe estar emitida por una autoridad en el ejercicio de sus funciones legales; 2) en su contenido fija la existencia de un crédito fiscal a cargo del contribuyente a quien se le notifica; 3) constriñe al contribuyente a pagarlo a la brevedad; 4) puede ocurrir que el acto notificado no conste en los formatos oficiales, pero si concurren los elementos antes descritos, el acto es una resolución definitiva.

La Sala Superior del TCADF estableció que existe una relación de semejanza relevante entre las propuestas de declaración y las resoluciones fiscales definitivas fundándose en los criterios antes apuntados. De esta suerte, si un acto fiscal notificado a un contribuyente es emitido por una autoridad en el ejercicio de sus funciones, desglosa un crédito a cargo de aquél que debe ser pagado ineludiblemente, es impugnabile ante el TCADF. Aquí aparece lo que Guastini denomina “máxima de decisión” o, simplemente, una nueva norma jurídica a través de la jurisprudencia. Tal norma no habría sido posible sin la construcción argumentativa de lo que significa una *resolución definitiva*, justificando en qué medida una propuesta de declaración es susceptible de contener los elementos de aquélla.

Es importante destacar que, si bien se apela al criterio de la forma del documento en los precedentes, el peso que se le reconoce ocupa un segundo lugar en relación a los elementos del contenido y alcance del acto fiscal. Así se captó en el precedente número 1324/1996, tal y como lo advertimos anteriormente. En este tenor, en su redacción la Sala Superior debió privilegiar los elementos de fondo o de contenido, no así los de la forma. En efecto, la forma en la que se presenta un acto fiscal varía regularmente, suscitando muchas veces ambigüedad. Sin embargo, de tener en cuenta ciertos elementos que guardan relación con el contenido del acto, como por ejemplo la cuantificación de un crédito fiscal exigido imperativamente, entonces resultaría posible su impugnación. Recordemos que lo pretendido por las autoridades fiscales en el juicio de nulidad es lograr su sobreseimiento alegando que el acto fiscal

impugnado por un contribuyente no es una resolución definitiva. La autoridad centra su atención en la forma y el TCADF en el contenido. Gracias a ello, la tesis 4/1998 ha servido para extender su campo de aplicación, vía analogía, a nuevos tipos de actos fiscales en los que no se había pensado originalmente.

En la era de la Internet han sido creados portales oficiales a través de los cuales los contribuyentes pueden conocer el estado actualizado de sus adeudos. El fisco sigue enviando a los domicilios de los contribuyentes las propuestas de declaración, pero hoy éstos cuentan con la Internet para controlar sus pagos. Por tanto, no es necesario esperar que llegue la boleta de predial o de agua al domicilio, ya que puede conocerse el estado de nuestros adeudos con solo entrar a la Internet. Puesto que los contribuyentes pueden obtener impresiones de sus adeudos, ¿ha de estimarse que dichas impresiones equivalen a un acto fiscal notificado personalmente? Ahora bien, ¿posee una impresión obtenida por la Internet los elementos típicos de una resolución en la que se cuantifica la contribución a pagar? Finalmente, cabe preguntarse si la impresión que hace el contribuyente en la tranquilidad de su domicilio u oficina, hace las veces de una notificación personal formal, conforme al Código Financiero del Distrito Federal.

La tesis 4/1998 fue publicada en una época en la que la Internet no se utilizaba para cuantificar créditos fiscales a los contribuyentes, menos aún para que éstos pudieran consultar en línea sus adeudos. Sin embargo, ¿puede extenderse su ámbito de aplicación a todos los actos fiscales que no sean, en estricto sentido, una “propuesta de declaración”? La cuestión no es banal. Cuando el TCADF adopta el criterio de que cierto tipo de actos no constituyen una determinación de una contribución o bien aduce que no manifiestan la voluntad de la autoridad fiscal, entonces los juicios se sobreesen sistemáticamente. Esto trae consecuencias directas sobre el número de asuntos que pueden o no conocerse y obliga a los particulares a buscar otras vías de solución a sus conflictos con el fisco. Piénsese, por ejemplo, en un contribuyente que descubre un aumento considerable en el importe del impuesto predial a pagar cuando consulta el estado de su cuenta en la Internet. ¿Deberá esperar a que se le notifique en su domicilio algún requerimiento o podrá combatir el acto desde luego?

Además de los formatos universales de Tesorería obtenibles a través de la Internet, la autoridad fiscal ha notificado “cartas invitación”. Como en el caso de las propuestas de declaración, en las cartas invitación se identifica al contribuyente, se desglosan los presuntos adeudos y se le insta a “aclarar su situación fiscal” en la administración tributaria más cercana. ¿Se está, en ambos casos, ante resoluciones fiscales o no?; ¿existe relación de semejanza entre las propuestas de declaración y las cartas invitación?; ¿puede extenderse la aplicación de la tesis 4/1998 a todos los casos análogos a las propuestas de declaración?

El TCADF se situó ante esta disyuntiva: o bien sobreesía sistemáticamente los juicios referidos a las cartas invitación, lo que favorecía el actuar de las autoridades, o bien los resolvía señalando que se trataba de actos definitivos en los que la autoridad expresaba un

mandato. En algunos casos, para concluir que dichos actos eran resoluciones definitivas el Tribunal se sirvió de dos oraciones que podían leerse en las “cartas invitación”: “Pague sus adeudos. Evite multas y recargos”. Sin embargo, y para añadir un toque de complicación, esta leyenda no figuraba siempre en los documentos obtenidos por los contribuyentes. Por tanto, el Tribunal debía adoptar una decisión interpretativa de carácter más general, no sólo para los casos de la Internet y las “cartas invitación”, sino para todos aquéllos relacionados con el mismo problema.

Es evidente que atender a la forma del documento o a la presencia de ciertas palabras era insuficiente, aleatorio e incierto. El criterio decisivo se adoptó al resolver la primera contradicción de tesis de la cuarta época el día uno de diciembre de dos mil diez. Efectivamente, en la tesis número cuatro de la cuarta época se determinó que las “cartas invitación” no generan agravios a los contribuyentes ni tampoco son impugnables ante el Tribunal por no ser actos definitivos. Con dicha tesis se cerró una larga polémica al respecto de las “cartas invitación”, lo que ciertamente no impide que la autoridad fiscal siga innovando en cuanto al tipo de actos que notifica a los contribuyentes para recordarles sus adeudos.

En adición a las propuestas de declaración, las “cartas invitación” y los formatos universales, la Tesorería del Distrito Federal emite otros documentos para lograr que los contribuyentes liquiden sus adeudos. Utilizando un lenguaje ambigüo, la Tesorería notifica “sumarios de adeudos”. En el documento así designado se enlistan bimestres que el particular adeuda según los registros de la autoridad fiscal, manifestándose que debe regularizarse lo antes posible. La cuestión persiste: ¿rige la tesis 4/1998 en estos casos, aunque no se trata de propuestas de declaración?

Es evidente que la tesis en comentario no se refiere a las “cartas invitación”, sumarios de adeudos o formatos de Tesorería. Sin embargo, ante la ausencia de una norma general que establezca si dichos actos son impugnables o no en términos absolutos, la Sala Superior se ha servido de la tesis 4/1998 para estimar, en varios casos, que sí procede el juicio de nulidad en contra de ellos. Ha centrado su atención, precisamente, en la semejanza que existe entre las propuestas de declaración, por un lado, y las cartas invitación, los sumarios de adeudos y el formato universal, por otro lado. Asimismo, ha precisado que si en dichos actos se establece una cantidad que debe pagarse y se exige al contribuyente que acuda a la Tesorería, so pena de ser requerido coactivamente, se está ante un acto definitivo que sí puede atacarse a través del juicio de nulidad. En suma, la Sala Superior encontró, al publicar la tesis 4/1998, una semejanza relevante entre las propuestas de declaración y los actos fiscales definitivos (los que entrañan un crédito a cargo de un contribuyente que éste tiene que pagar). Asimismo, a través de la analogía ha extendido el campo de aplicación de la tesis a muchos actos emitidos con posterioridad, como las cartas invitación, creadas para recordarle a un contribuyente que presenta supuestos adeudos con el fisco, requiriéndole que se presente a la brevedad ante la autoridad para aclarar su situación. Este caso resulta interesante puesto que observamos un doble empleo de la analogía: primero, para crear la tesis, partiendo de las propuestas de

declaración; segundo, para extender su aplicación a nuevos tipos de actos, sin importar la forma o el nombre que les dé la autoridad fiscal. En nuestro concepto, los precedentes que conformaron la tesis jurisprudencial acertaron al advertir el criterio del contenido el cual permite un mayor grado de generalización que el de la forma. En efecto, la autoridad puede cambiar el nombre de sus actos, pero el hecho es que intenta cobrar un crédito presuntamente adeudado.

La autoridad fiscal fue consciente, desde el principio, de las consecuencias de la tesis 4/1998. Por ello impugnó diversas sentencias de la Sala Superior, logrando que los tribunales federales se pronunciaran respecto al carácter que poseen las propuestas de declaración. Así, ocho años después difundieron una tesis sobre el mismo tema. En ella se apunta que las propuestas de declaración *no constituyen resoluciones fiscales definitivas* ya que “no representan el producto final de la manifestación de voluntad de la autoridad administrativa, pues sólo tienen como propósito facilitar el cumplimiento de las obligaciones fiscales a cargo de los contribuyentes, ya que existe la posibilidad de que paguen una cantidad mayor o, incluso, menor al monto propuesto en dicha declaración...”⁹² Por si ello no bastase, desde el año de 2002 la Secretaría de Finanzas del Distrito Federal estableció el “formato universal de Tesorería” que vino a reemplazar, a la postre, a las propuestas.

La característica medular del llamado “formato universal” es que sustituye (o pretende reemplazar) los actos emitidos por la autoridad fiscal para determinar créditos a cargo de los contribuyentes. El formato universal puede obtenerse a través de la Internet en cualquier momento por los contribuyentes. Estos señalan los datos básicos que identifican, por ejemplo, el número de su cuenta predial, obteniendo automáticamente un estado actualizado de pagos y adeudos. Basta con llenar el formato con los cargos correspondientes, obtener una “línea de captura” que identifica la operación asociándola a un contribuyente, imprimir el documento y presentarlo ante una caja de la Tesorería del Distrito Federal. Como en el caso de las propuestas de declaración, el formato universal suscitó dudas acerca de si constituye o no una resolución. ¿Es un acto definitivo desde que se imprime o sólo hasta que el contribuyente paga con base en lo allí asentado?

La pregunta fue parcialmente resuelta por los tribunales federales al pronunciarse sobre la aplicación del formato universal en el campo del impuesto predial. Para la SCJN no basta con llenar el formato universal para estimar que es una resolución fiscal definitiva. Por tanto, el

⁹² Nos referimos a la tesis número 9/2006 emitida por la Segunda Sala de la SCJN y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta en febrero de 2006 (página 709), cuyo rubro reza: “PREDIAL. LAS PROPUESTAS DE DECLARACION PARA EL PAGO DEL IMPUESTO RELATIVO EMITIDAS POR LA SECRETARIA DE FINANZAS DEL GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL, NO CONSTITUYEN RESOLUCIONES DEFINITIVAS DE CARÁCTER FISCAL IMPUGNABLES ANTE EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL.”

contribuyente debe presentarlo para su pago, con lo cual se convierte en un acto definitivo, el cual sí es impugnabile. La SCJN señala que, como las propuestas, el formato universal puede aceptarse o rechazarse libremente por el contribuyente, por lo que no pueden estimarse como actos definitivos. En suma, como puede apreciarse la controversia no cesa, al igual que el tipo de actos que las autoridades emiten y suscitan la duda de si encuadran o no en el ámbito de significado de lo que es una “resolución definitiva”. En el futuro, el TCADF seguirá evaluando la medida en que, en cada caso nuevo, se cumplen las condiciones de unilateralidad, imperatividad y definitividad que acompañan a los actos fiscales susceptibles de impugnación. Así, la tesis 4/1998 (y mejor, sus precedentes) seguirá, en cierta medida, inspirando las decisiones futuras más allá de las propuestas de declaración, moviéndose entre los intersticios dejados por el legislador ordinario.

5.4 Las órdenes de visita

Un segundo ejemplo de cómo opera la analogía en la jurisprudencia contencioso-administrativa lo es la tesis número **11/1999**, intitulada “ORDENES DE VISITA. DESDE EL MOMENTO DE SU CONOCIMIENTO PUEDEN SER IMPUGNADAS LAS”. El problema que se plantea es saber si una *orden de visita* puede ser combatida a través del juicio de nulidad desde el momento en que se tenga conocimiento de ella o bien debe esperarse hasta que exista una resolución que culmine el procedimiento. Para resolverlo, la Sala Superior construye una relación de semejanza entre dos términos: acto de autoridad y orden de visita domiciliaria.

Es sabido que toda orden de visita inicia el procedimiento de revisión por parte de la autoridad fiscal. El objetivo central es constatar si un determinado contribuyente cumple o no con sus obligaciones. Es cierto que, en el ámbito administrativo, también se emiten órdenes de visita, en concreto las de verificación (por ejemplo, para revisar un restaurante o una construcción en proceso). A pesar de que la tesis 11/1999 está redactada genéricamente, esto es, referida a las “órdenes de visita”, el examen de sus precedentes revela que la *ratio decidendi* giró en torno a las órdenes de visita *domiciliaria*. Por tanto, nos constreñiremos al alcance de dichos precedentes, todos vinculados a procedimientos de fiscalización.

Consideramos que la tesis revela un problema de analogía vinculado al establecimiento de una semejanza relevante entre dos términos: por un lado, los actos de autoridad; por otro, las órdenes de visita. ¿Pueden encuadrarse los segundos en el campo de los primeros? Una propiedad de los actos de autoridad es que deben cumplir con los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 16 de la Constitución Federal: 1) estar fundados y motivados; 2) emanar de autoridad competente; 3) constar por escrito. Asimismo, si un acto de autoridad no

reúne estos elementos (o alguno de ellos), es susceptible de impugnación por violación a garantías individuales.

El citado artículo 16 de la Constitución Federal consagra reglas específicas atinentes a las órdenes de visita domiciliaria. Desde su misma emisión pueden existir vicios de legalidad, los cuales afectan la esfera jurídica del contribuyente. Casos típicos de ilegalidad en la orden de visita son: a) orden emitida por autoridad incompetente o, teniéndola, la fundó incorrecta o insuficientemente; b) descripción genérica o amplia del objeto de la revisión (requerir la revisión de contribuciones que no se causan); c) notificación por parte de un actuario fiscal sin facultades o habilitación, entre otros. Si se advierte alguno de ellos, ¿será necesario que el contribuyente espere hasta que la autoridad fiscal decida resolver si se incurrió o no en alguna infracción? La pregunta es relevante, ya que si el contribuyente debe aguardar la notificación de una resolución, es posible que espere meses antes de tener la oportunidad de obtener la anulación de la orden.⁹³

En los recursos de apelación que constituyeron los precedentes de la tesis la autoridad fiscal aseveró, reiteradamente, que las órdenes de visita domiciliaria no son impugnables desde su notificación al particular. Señaló que tales actos sólo dan inicio a un procedimiento de revisión fiscal y, por tanto, lejos se está de una resolución en la que se determine si el contribuyente

⁹³ En la tesis se emplea, también, el término “actos de molestia”. Se trata de una especie de actos de autoridad y, por tanto, deben reunir los requisitos del primer párrafo del artículo 16 de la Constitución Federal. En el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia federales se distingue entre los actos de molestia y los actos de privación. En efecto, “Si se le compara con el mandato del artículo 14 sobre los actos de privación, el artículo 16 es más amplio, ya que todo acto de privación es además un acto de molestia. No sucede lo mismo en sentido inverso, ya que no todo acto de molestia es un acto de privación. Esto significa que en el caso de los actos de privación las autoridades deben cumplir con lo que establece el artículo 14 y, con mayor razón, con lo que dispone el artículo 16.” (CARBONELL, 2006: 693)

Por su parte, la jurisprudencia federal delimita ambos tipos de actos como sigue. Para el Poder Judicial de la Federación, los *actos de privación* tienen por efecto limitar el goce de un derecho fundamental. Por ello, para que puedan imponerse se requiere que, antes de la privación del derecho, se respete el derecho de audiencia del gobernado. En el caso de los *actos de molestia* la finalidad no consiste en impedir el goce de un derecho. Así, una orden de visita domiciliaria es un acto de molestia que somete a un contribuyente a un procedimiento de fiscalización, pero no restringe el ejercicio de sus derechos, ni los priva de ellos. Si se estimase a las órdenes de visita como actos privativos, entonces la autoridad fiscal no podría iniciar procedimientos de revisión sin advertir, previamente, a los contribuyentes, lo que evidentemente entorpecería el ejercicio de sus facultades discrecionales. Véase la tesis número P./J. 40/96, “ACTOS DE PRIVACIÓN Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN” (Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta IV, julio de 1996, p. 5).

cumplió o no con sus obligaciones. De ahí se sigue que el contribuyente esté obligado a esperar a que culmine todo el procedimiento, ya que la sola orden de visita no puede afectarle en modo alguno.

Para declarar infundada la argumentación de la autoridad fiscal, la Sala Superior construyó un nexo entre los actos de autoridad y las órdenes de visita. Para justificar su decisión la Sala Superior se apoyó en tesis federales, notablemente las relacionadas con la posibilidad de impugnar las visitas de inspección o auditoría. Sin embargo, la estrategia argumentativa más importante es establecer la relación entre los actos de autoridad y las órdenes de visita. Examínese, por ejemplo, lo aducido en el recurso de apelación número 764/1997 incluido en los precedentes: "... la orden de visita es un acto de autoridad, que aun cuando se haya formulado en ejercicio de facultades de comprobación, debe fundarse en las disposiciones legales previstas tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como en las leyes secundarias aplicables al caso de que se trata, puesto que es un acto que implica molestias al particular, y por ello debe cumplirse con los requisitos formales previstos en el párrafo primero del artículo 16 constitucional..." (foja cuatro frente del precedente) La Sala Superior deja en claro que, aún cuando la autoridad decida el momento en que ejerce sus facultades de revisión fiscal, ello no obsta para que cumpla con el principio de legalidad.

Como señala Guastini, "... la extensión analógica de una norma presupone la previa identificación de su llamada *ratio*, es decir, de la razón... por la que fue dispuesta la norma. Esto equivale a remontarnos, a partir de una norma, al 'principio' que la justifica..." (GUASTINI, 2000: 37) En el caso aquí analizado ocurre algo semejante a lo descrito por Guastini. Si los actos denominados "órdenes de visita" emanan de autoridades del Estado, para ser calificados del legales han de cumplir con las formalidades establecidas en el primer párrafo del artículo 16 de la Constitución Federal. De otra manera podría pensarse que, sólo por el hecho de que la autoridad fiscal está dotada de facultades discrecionales puede emitir actos arbitrarios. Es decir, la discrecionalidad no significa arbitrariedad. El principio de legalidad orienta lo que debe ser una orden de visita y circunscribe la discrecionalidad de la autoridad fiscal. Esto permite al contribuyente atacar una orden de visita domiciliaria ilegal desde el momento en que se conozca su existencia. Si no se estableciera una relación de semejanza relevante entre los actos de autoridad y las órdenes de visita domiciliaria no podría concluirse, como se hace en la tesis, que pueden ser combatidas por vicios de legalidad independientemente de la resolución que se emita en el procedimiento fiscalizador.

En el precedente número 1721/1996 adujo la autoridad que toda orden de visita domiciliaria es un acto que se consuma en el momento de su notificación y ejecución, por lo que cualquier ilegalidad que la afecte no se proyecta a lo largo del procedimiento. Esto entraña que no pueda impugnarse después. Al respecto, la Sala Superior manifestó que las órdenes de visita sí pueden combatirse desde que se conozcan, pero también con posterioridad, ya que la resolución que emita la autoridad se deriva, lógicamente, de dicho acto inicial. Más aún, en los precedentes se establece que si la elección del contribuyente es esperar a la emisión de una

resolución, podrá combatir ésta y la orden de visita domiciliaria. La Sala Superior sostiene que no puede convalidarse ningún vicio de legalidad cometido en la orden de visita, tanto en su emisión como en su ejecución, ya que ello implicaría introducir excepciones al principio de legalidad. Por tanto, si el contribuyente decidiera esperar a la emisión de una resolución, nada impediría que la atacara en conjunto con la orden de visita, ya que éste fue el acto generador de aquél.

En el diverso precedente número 1673/1996 se reitera que la orden de visita es un acto "... que se perfecciona en el momento mismo en que es autorizada por la autoridad competente para emitirla, su no impugnación en juicio de amparo no impide que el particular al concluir el procedimiento que se inició con la orden de verificación fiscal, se presente ante este Tribunal... demandando la nulidad de la resolución derivada de ese procedimiento, haciendo valer como causa de ilegalidad la irregularidad de dicha orden... pues ante todo debe considerarse su oportunidad de evaluar la lesión a su derecho y la conveniencia de impugnar esa lesión..." (foja cuatro frente del precedente) Acto seguido, la Sala Superior describe en qué consistieron las violaciones cometidas en la orden de visita y culmina estableciendo el nexo entre ésta y los actos de autoridad, apoyándose en la tesis federal intitulada "VISITA DOMICILIARIA, ORDEN DE. REQUISITOS QUE DEBE SATISFACER" (Octava época, Segunda Sala, tesis número 332, publicada en el Apéndice del SJFG, Tercera Parte, 1917-1985). En dicha tesis se recuerdan los requisitos de todo acto de autoridad: 1) constar por escrito; 2) ser emitida por autoridad competente; 3) expresar la persona y el lugar buscados; 4) el objeto de la visita; 5) otros requisitos que exijan las leyes de la materia.

En el caso del precedente número 1593/1997, no se justifica suficientemente por qué el contribuyente puede atacar la orden de visita sin esperar a la resolución: "... la impugnación que hizo la parte actora respecto de las ilegalidades contenidas en la orden de visita, es evidente que se pueden hacer valer ante los Tribunales Administrativos, puesto que si se practica una visita de inspección o auditoría, el afectado puede pedir amparo o impugnar desde luego las órdenes para practicarla o los vicios que encuentre en la práctica de la diligencia, cuando con ello se hayan violado desde luego y directamente sus garantías individuales; pero si por las peculiaridades del caso conviene a sus intereses esperar el resultado de la visita, puede entonces impugnar tanto la resolución que las autoridades dicten como resultado de la investigación, así como los vicios que se contengan en la orden o en la práctica de la diligencia, consecuentemente si el gobernado optó por impugnar en su demanda los actos que derivan de la verificación fiscal...ello no significa que exista consentimiento de la misma..." (foja cuatro frente del precedente)

En efecto, en el citado precedente no se justifica por qué puede impugnarse una orden de visita desde que se conozca a través del juicio de nulidad. La Sala Superior señala que el afectado por una orden de visita puede pedir amparo. Sin embargo, no se trata de saber si se puede o no solicitar el amparo. Antes bien, debe justificarse si procede o no el juicio de nulidad en contra de una orden de visita y por qué. Asimismo, la Sala Superior señala que el contribuyente

puede elegir el momento en que impugnará la orden, aisladamente o en conjunto con la resolución. En todo caso, omite justificar la razón jurídica de todo ello. De hecho, invoca mecánicamente una tesis federal aislada intentando economizar argumentos: la número I.4oA.776 A, sustentada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, cuya voz reza “ORDEN DE VISITA DOMICILIARIA, PUEDE SER IMPUGNADA DENTRO DEL TERMINO DE QUINCE DIAS A PARTIR DE SU INICIO, POSTERIORMENTE DURANTE SU DESARROLLO O POR SUS CONSECUENCIAS CUANDO CONCLUYA LA VISITA”. Así, la Sala Superior hace reposar toda la fundamentación de su conclusión (por qué es dable la impugnación de la orden de visita sin esperar a la resolución) en una tesis federal aislada. Consideramos que este recurso argumentativo violenta el deber de motivar las sentencias, ya que no basta con señalar que una tesis es aplicable a un cierto caso. Antes bien, debe justificarse el porqué es, precisamente, aplicable en la especie y qué elementos relevantes se vinculan con el análisis particular del caso planteado.

Al inicio de esta sección invocamos los pasos propuestos por Guastini para describir el razonamiento analógico en el derecho. Se parte, afirma dicho autor, de la constatación de que un supuesto no está regulado por una norma explícita. En suma, el primer paso es advertir la existencia de una laguna. Seguidamente, se observa que el supuesto no regulado guarda una relación de semejanza relevante con otro que sí lo está. Finalmente, y en virtud de la existencia de dicha semejanza, se construye una “máxima de decisión” que extiende la consecuencia jurídica del supuesto regulado al no regulado.

Hemos centrado nuestra atención en el establecimiento argumentativo de la relación de semejanza relevante entre los actos de autoridad y las órdenes de visita. Así, ha podido apreciarse de qué manera dicha relación sirve a la Sala Superior para fundamentar sus fallos y declarar infundados los agravios de las autoridades fiscales que intentaron obtener el sobreseimiento de diversos juicios de nulidad. En los precedentes la Sala Superior no sigue a la letra el método propuesto por Guastini. Así, en ninguno de los precedentes se sugiere la existencia de lagunas. Sin embargo, queda claro que se establece argumentativamente una relación de semejanza entre los actos de autoridad y las órdenes de visita. Ello permite extender una de las consecuencias jurídicas de los actos de autoridad (su emisión ilegal afecta de inmediato la esfera jurídica de un particular, por lo que pueden impugnarse desde luego) a las órdenes de visita. Suponiendo que la Sala Superior hubiese comenzado por constatar una laguna, ¿en realidad se estaría ante una? De hecho, el artículo 16 de la Constitución Federal describe los requisitos que deben cumplir las órdenes de visita. Si la Sala Superior hubiese seguido los pasos descritos por Guastini habría concluido, probablemente, que no se está ante una laguna normativa. En todo caso, basó la fundamentación de la tesis número 11/1999 en la construcción de una relación de semejanza de tipo analógico. Resulta interesante notar cómo,

en este caso, se pudo emplear la analogía pero sin constatar, *prima facie*, la existencia de una laguna.⁹⁴

5.5 La prescripción en el procedimiento contra servidores públicos

Al presentar la tesis número 70/2008 afirmamos que ésta expone dos soluciones a dos problemas diversos derivados de la interpretación del artículo 78 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Estas soluciones son:

a) El plazo de la prescripción de facultades de la autoridad administrativa *reinicia* a partir del día en que surte efectos la notificación del citatorio para la audiencia de ley prevista en la fracción I del artículo 64 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y sólo podrá interrumpirse con la notificación de la resolución al servidor público.

b) Si un tribunal competente, como el TCADF, anula la resolución que sancionó a un servidor público por haberse cometido en ella, o en el procedimiento, vicios formales (como la falta de notificación del citatorio o la omisión de desahogar una prueba), se entiende que el plazo de prescripción previsto por el artículo 78 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos *no se interrumpió*, ni siquiera con la presentación de la demanda de nulidad, por lo que es factible que la autoridad se vea impedida de resolver nuevamente el procedimiento de responsabilidades administrativas por haber prescrito sus facultades para ello.

Como puede apreciarse, estas dos soluciones se encuentran desarrolladas en el cuerpo de una sola tesis. Llama la atención que la Sala Superior haya fusionado, en una misma tesis, dos criterios distintos. Asimismo, resalta el hecho de que la segunda solución –la relativa a la no

⁹⁴ En este caso, es posible que la siguiente descripción resulte mejor adaptada al caso de la tesis 11/1999: “... 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’).” (GUASTINI, 2000: 36) Reconstruyendo dicha descripción, podemos adaptarla así: “Si se está ante un acto de autoridad ilegal, éste puede ser impugnado desde que se tenga conocimiento de él por afectar derechos de manera inmediata; 2) Las órdenes de visita son actos de autoridad; 3) Si se emiten ilegalmente, las órdenes de visita pueden ser impugnadas de manera inmediata.

interrupción del plazo prescriptivo cuando se anula una resolución por vicios formales- no está justificada, ni siquiera con el reenvío a otra tesis federal.

En la redacción de la tesis debieron hacerse explícitas las razones que condujeron a establecer las dos soluciones normativas. En sus precedentes, la Sala Superior desarrolla suficientemente el por qué debe establecerse una nueva norma a fin de concluir que el plazo prescriptivo reinicia. Sin embargo, en la redacción de la tesis se hace un mero reenvío a otra, la número 2ª./J. 203/2004, *sin que tampoco se pormenoricen las premisas aducidas en la tesis federal para concluir por qué se debe reiniciar el plazo de la prescripción*. De manera simple se afirma que la jurisprudencia federal es obligatoria conforme lo ordena la Ley de Amparo, apelándose a un argumento de cita de la autoridad. Sin embargo, no se hacen expresas las razones que conducen a la norma jurídica nueva, ni siquiera a las contenidas en la tesis federal.

En el mismo tenor, al referirse a la segunda solución, la tesis se limita a señalar: “... si una resolución determinante de responsabilidad administrativa fue declarada nula ante la evidencia de vicios formales, ésta no interrumpe el plazo de la prescripción referido recientemente, ya que esa declaratoria apareja que el acto administrativo no produzca ningún efecto jurídico.” Como en el primer caso, aquí tampoco se precisan los motivos que conducen a inferir tal conclusión, si bien es claro que se plantea una regla para todos los casos en que se emita una sentencia que anule una resolución sancionatoria por vicios de forma, misma que no interrumpirá el plazo prescriptivo.

¿De qué manera se constató la existencia de lagunas en el artículo 78 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos? ¿Cómo se llegó a construir cada una de las soluciones normativas? Puesto que la tesis no hace expresas sus premisas, es necesario apelar tanto a la tesis federal que en ella se invoca como a los precedentes que constituyeron la tesis 70/2008.

Conviene tener presente aquí la tesis federal a la que se refiere expresamente la Sala Superior en su jurisprudencia 70/2008 (es decir, la número 2ª./J. 203/2004 publicada en enero de dos mil cinco en el Semanario Judicial de la Federación):

RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. UNA VEZ INTERRUPTO EL PLAZO PARA QUE OPERE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS FACULTADES SANCIONADORAS DE LA AUTORIDAD, EL CÓMPUTO SE INICIA NUEVAMENTE A PARTIR DE QUE SURTE EFECTOS LA NOTIFICACIÓN DE LA CITACIÓN PARA LA AUDIENCIA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

De los artículos 78 y 64 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos se concluye que el único acto que interrumpe el plazo de la prescripción de las facultades sancionadoras de la autoridad es el inicio del procedimiento administrativo, no las actuaciones

siguientes, y que una vez interrumpido aquél debe computarse de nueva cuenta a partir del día siguiente al en que tuvo lugar dicha interrupción con conocimiento del servidor público, lo que acontece con la citación que se le hace para la audiencia, aun cuando en el mencionado artículo 78 no se establece expresamente, puesto que del análisis de las etapas que conforman tal procedimiento se advierte que en caso de que la autoridad sancionadora no cuente con elementos suficientes para resolver, o bien, advierta algunos que impliquen nueva responsabilidad administrativa, podrá disponer la práctica de investigaciones, citándose para otra u otras audiencias, lo que produciría que el procedimiento se prolongue, sin plazo fijo, a criterio de la autoridad sancionadora. Esto es, al ser la prescripción una forma de extinción de las facultades de la autoridad administrativa para sancionar a los servidores públicos que realizaron conductas ilícitas, por virtud del paso del tiempo, la interrupción producida al iniciarse el procedimiento sancionador mediante la citación a audiencia del servidor público deja sin efectos el tiempo transcurrido, a pesar de no disponerlo expresamente el artículo 78 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, ya que fue la misma autoridad sancionadora la que lo interrumpió al pretender probar la conducta ilícita del servidor público y ser de su conocimiento el procedimiento sancionador que debe agotar a efecto de imponerle una sanción administrativa, evitándose con ello el manejo arbitrario de la mencionada interrupción en perjuicio de la dignidad y honorabilidad de un servidor público. En consecuencia, la única actividad procedimental que ofrece certeza en el desenvolvimiento del procedimiento sancionador sin que exista el riesgo de su prolongación indefinida, es la citación para audiencia hecha al servidor público, con que se inicia dicho procedimiento, por lo que a partir de que surte efectos la notificación de la mencionada citación inicia nuevamente el cómputo del plazo de la prescripción interrumpida, sobre todo considerando que si la referencia al inicio del procedimiento sirvió para determinar el momento de interrupción del plazo de prescripción, aquélla puede ser utilizada para establecer el momento a partir del cual se vuelve a computar el citado plazo, sin que esto deje en estado de indefensión a la autoridad sancionadora, toda vez que antes de iniciar el procedimiento sancionador tuvo tiempo para realizar investigaciones y recabar elementos probatorios. (Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXI, Enero de 2005. Página: 596. Tesis: 2a./J. 203/2004.)

En su redacción, la tesis federal sigue un método cercano a la descripción que Guastini formula sobre el argumento analógico en el derecho. En primer término, en el texto se aprecia la existencia de una laguna normativa contenida en el artículo 78 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. La SCJN constata la existencia de una regla expresa en lo tocante a la interrupción del plazo prescriptivo, hecho que acontece cuando se notifica al servidor público investigado el citatorio al que se refiere la fracción I del artículo 64 de la Ley invocada. Ahora bien, en ninguno de los artículos señalados se precisa si, una vez interrumpido el plazo, puede volver a iniciar a partir de la notificación del citatorio.

En la tesis se apunta: "... del análisis de las etapas que conforman tal procedimiento se advierte que en caso de que la autoridad sancionadora no cuente con elementos suficientes para resolver, o bien, advierta algunos que impliquen nueva responsabilidad administrativa, podrá disponer la práctica de investigaciones, citándose para otra u otras audiencias, lo que produciría que el procedimiento se prolongue, sin plazo fijo, a criterio de la autoridad sancionadora." Esta última parte es relevante. En efecto, si se deja al libre arbitrio de la

autoridad administrativa elegir el momento en que resolverá el procedimiento puede acontecer –como de hecho ocurre con frecuencia- que la resolución se emita mucho tiempo después del inicio de aquél. Evidentemente, tal tardanza deja al servidor público en un estado de incertidumbre, ya que no sabe en qué momento se determinará su situación jurídica y menos aún si se acreditó o no la responsabilidad que se le imputó. Por tanto, de estimar que el plazo prescriptivo no vuelve a iniciar una vez notificado el citatorio para la audiencia de ley, se posibilitaría el que los procedimientos se alargaran indefinidamente, en perjuicio de los servidores públicos sometidos a investigación. Análogamente, sería como si un gobernado sometido a proceso penal no tuviera certeza de cuándo se dictará sentencia en la causa iniciada en su contra.

Establecida la existencia de la laguna normativa, la SCJN desarrolla un nexo entre el supuesto de hecho no disciplinado normativamente (no se dice si la prescripción reinicia una vez interrumpida por el acto de la notificación del citatorio) y el supuesto que sí lo está (interrupción a través de la notificación del citatorio). Si en el supuesto previsto se establece que el momento cierto para interrumpir la prescripción lo es cuando el servidor público conoce el inicio de un procedimiento en su contra, dicho momento debería servir, también, para computar el inicio de la prescripción de nueva cuenta. En ambos casos se persigue el mismo objetivo: evitar que un servidor público se encuentre en una incertidumbre permanente al desconocer, primero, si se ha iniciado o no un procedimiento en su contra y, segundo, en caso de que exista un procedimiento, cuándo terminará. Por tanto, el ejercicio de las facultades de sanción de la autoridad *debe tener límites temporales ciertos*. Es así como se obtiene la nueva regla: el plazo prescriptivo reinicia una vez que ha surtido sus efectos la notificación del citatorio hecha al servidor público investigado. Es evidente que ninguno de estos pasos se hizo expreso en el contexto de la tesis 70/2008 de la Sala Superior.

Por otra parte, la SCJN examinó por separado la *segunda solución* normativa a la que se refiere la tesis 70/2008, esto es, la relativa a la no interrupción del plazo prescriptivo cuando una resolución sancionadora deviene de un procedimiento viciado. La tesis federal que resuelve este punto es la siguiente:

RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 78, FRACCIÓN II, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO SE INTERRUMPE CUANDO ANTE LA EXISTENCIA DE VICIOS FORMALES SON DECLARADOS NULOS EL ACTO QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO Y LA CITACIÓN CORRESPONDIENTE. Conforme al criterio sustentado por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia 2a./J. 203/2004, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXI, enero de 2005, página 596, el plazo de prescripción a que se refiere el artículo 78, fracción II, de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos se interrumpe con el inicio del procedimiento administrativo previsto en el artículo 64 del indicado ordenamiento, mediante la citación al servidor público a la audiencia relativa; sin embargo, cuando ante la existencia de vicios formales dicho acto es declarado nulo, las

consecuencias que produjo respecto del plazo de prescripción desaparecen, en tanto que el acuerdo de inicio y la citación para audiencia quedan reducidos a la nada jurídica, como si no hubieran existido, pues estimar lo contrario conllevaría eximir a las autoridades sancionadoras de sujetarse a las normas que regulan su actuación, en clara contravención al principio de legalidad que las rige. Por ende, es inconcuso que las consecuencias de la nulidad del acto de inicio del procedimiento sancionador debe soportarlas la autoridad, por ser quien transgredió el marco legal que rige su actuación y no el servidor público investigado que impugnó dicho acto y obtuvo resolución favorable. En ese sentido, si bien es cierto que el acto de inicio del procedimiento administrativo que resultó viciado evidencia la intención de las autoridades de ejercer su facultad sancionadora, también lo es que al declararse nulo no produce efecto legal alguno y, en consecuencia, para la interrupción del plazo de prescripción a que se refiere el mencionado artículo 78, fracción II, deberá considerarse, en su caso, la nueva citación al servidor público a la audiencia de ley respectiva. (Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Noviembre de 2005. Página: 53. Tesis: 2a./J. 137/2005.)

Notemos, en principio, que esta segunda tesis no es citada por la Sala Superior. Inexplicablemente, la jurisprudencia de la Sala Superior omite la tesis federal, pese a que para justificar la primera solución sí invocó la tesis 2ª./J.203/2004. Si el método elegido por el TCADF fue reenviar a otras tesis entonces, para ser sistemático, el Tribunal debió citar la segunda antes transcrita. De otra suerte el cuerpo de la jurisprudencia carece de la debida justificación. De hecho, tal y como se encuentra redactada la tesis 70/2008, parece que la Sala Superior le atribuye a la segunda solución normativa un lugar residual: “...*No obstante lo anterior*, si una resolución determinante de responsabilidad administrativa fue declarada nula ante la evidencia de vicios formales, ésta no interrumpe el plazo de la prescripción referido recientemente, ya que esa declaratoria apareja que el acto administrativo no produzca ningún efecto jurídico.” (itálicas nuestras)

Como se sostiene en la tesis federal antes citada, el artículo 78 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos tampoco prevé cuál es el efecto que una declaración de nulidad de una resolución sancionatoria produciría en el procedimiento administrativo de responsabilidad, notablemente en lo concerniente al cómputo de la prescripción y su interrupción. Si la declaración de nulidad se basó en la existencia de un vicio procedimental, ello entraña que nada de lo actuado a partir de dicho vicio tuvo validez jurídica. Supóngase, por ejemplo, que el procedimiento quedó anulado desde la notificación que se hizo al servidor público del citatorio de ley. Como ya sabemos, la notificación de dicho citatorio interrumpe el cómputo del plazo prescriptivo. Esta es la regla ordinaria señalada expresamente en la Ley. También sabemos que el cómputo vuelve a iniciar a partir del día siguiente al de la notificación del citatorio y sólo puede interrumpirse con la notificación de la resolución. El problema que ahora se presenta es determinar si, al anularse la resolución por vicios procedimentales, el plazo de prescripción se interrumpió o simplemente agotó sus efectos.

La SCJN apunta que corresponde a la autoridad administrativa que incurrió en vicios de procedimiento soportar los efectos de tal conducta. Uno de dichos efectos, sin duda notable, es el de declarar prescritas sus facultades para iniciar, tramitar y resolver un procedimiento de responsabilidad. Así, en la tesis federal se sostiene: "...cuando ante la existencia de vicios formales dicho acto es declarado nulo, las consecuencias que produjo respecto al plazo de prescripción desaparecen, en tanto que el acuerdo de inicio y la citación para audiencia quedan reducidos a la nada jurídica, **como si no hubieran existido**, pues estimar lo contrario conllevaría eximir a las autoridades sancionadoras de sujetarse a las normas que regulan su actuación, en clara contravención al principio de legalidad que las rige. Por ende, es inconcuso que las consecuencias de la nulidad del acto de inicio del procedimiento sancionador debe soportarlas la autoridad, por ser quien transgredió el marco legal que rige su actuación y no el servidor público investigado que impugnó dicho acto y obtuvo resolución favorable... en consecuencia, para la interrupción del plazo de prescripción a que se refiere el mencionado artículo 78 [de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos], fracción II, deberá considerarse... la nueva citación al servidor público a la audiencia de ley respectiva." (énfasis añadido)

En efecto, con apoyo en la tesis federal los servidores públicos sancionados pueden argumentar que resulta improcedente someterlos nuevamente al procedimiento administrativo, lo que impide a la autoridad determinar si dichos servidores incurrieron o no en responsabilidad. La SCJN ponderó el interés particular de los servidores públicos frente al interés de la sociedad de conocer si son o no responsables administrativamente, concluyendo que las autoridades están sometidas al principio de legalidad y han de asumir los efectos que produce la anulación de una resolución viciada.

Toca ahora examinar los precedentes que dieron lugar a la tesis de la Sala Superior. En el caso del recurso de apelación número 1052/2006, es en la foja veintitrés vuelta del precedente que la Sala Superior invoca la tesis federal número 2ª./J.203/2004, la cual se refiere al reinicio del cómputo de la prescripción a partir de que surte efectos la notificación del citatorio para la audiencia en el procedimiento administrativo. En efecto, se reconoce que la demanda de nulidad no la cita, pero al ser una tesis federal de obligatoria observancia debe aplicarse para resolver el caso. Asimismo, en el precedente se cita la diversa tesis federal número 2ª./J.137/2005, referida a la no interrupción de la prescripción cuando se haya declarado nula una resolución administrativa por vicios formales. ¿Por qué, en la redacción de la tesis 70/2008, se omitió incluir la referencia a la segunda tesis federal? En el precedente que se analiza se hace una clara referencia a las dos soluciones adoptadas por los tribunales federales y ambas convergen en la justificación de la nulidad por prescripción de las facultades de la autoridad administrativa.

Idéntica metodología se sigue en el precedente número 4735/2006, fallado siete meses después. En efecto, la Sala Superior invoca las dos tesis federales a las que nos hemos referido reiteradamente, utilizándolas abiertamente para justificar la decisión. De hecho, análogamente

al primer precedente, en el número 4735/2006 la Sala Superior hace depender la esencia de su motivación en la referencia directa a las tesis federales, limitándose a reproducir lo señalado por la Sala de primera instancia para declarar la nulidad.

En el precedente número 1673/2007 se sigue la misma pauta, es decir, se hace una referencia a lo señalado en la sentencia de primer grado, en la que se concluyó que el plazo prescriptivo no se vio interrumpido sino que continuó hasta agotarse enteramente. La Sala Superior se apoya, por una parte, en lo analizado por la Sala de primer orden y cita la tesis federal número 2a./J. 137/2005. Así, en lugar de efectuar un análisis pormenorizado de las lagunas normativas relacionadas con la figura de la prescripción, la Sala Superior prefiere apoyarse en la tesis federal y, de tal suerte, economiza su argumentación.

A diferencia de los primeros precedentes, en el recurso de apelación número 3871/2007 se comienza por analizar el porqué el agravio hecho valer por la autoridad es infundado, para después contrastar lo examinado por la Sala Superior con las consideraciones jurídicas de la Sala de primer grado. Este sistema permite a la Sala Superior, en el precedente en comentario, establecer las razones que conducen a declarar infundado el agravio de la autoridad. Entre ellas, destacan las que declaran inaplicables diversas tesis federales aisladas citadas por la autoridad apelante que, por ser aisladas, no superan a las jurisprudenciales. La autoridad administrativa cita precedentes federales sobre la figura de la prescripción en materia mercantil, pero la Sala Superior rebate su aplicación señalando que se confunde la prescripción como medio para extinguir una acción procesal con la prescripción como medio de extinción de las facultades de la autoridad administrativa para investigar la probable responsabilidad de un servidor público. En este precedente se distinguen las dos soluciones normativas a las que nos hemos referido al inicio de esta sección.

En cuanto toca a la primera solución normativa, esto es, al reinicio de la prescripción, se adopta el criterio ya conocido (el plazo prescriptivo comienza a contarse de nueva cuenta a partir de que surta efectos la notificación del citatorio de ley en el procedimiento de responsabilidad administrativa). Se aduce que "... las facultades sancionadoras de la demandada no pueden estar vigentes por tiempo indefinido, pues están sujetas a los plazos y términos fijados por la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, por lo que aceptar que la prescripción no pueda operar una vez iniciado el procedimiento administrativo... implicaría conceder a la autoridad un plazo indefinido para dictar la resolución correspondiente, dejando en estado de indefensión... al servidor público, haciendo nugatoria la disposición contenida en el artículo 78 de la referida ley." (foja nueve frente del precedente)

En lo relativo a la segunda solución (la no interrupción de la prescripción cuando el TCADF declara nula una resolución que sancione a un servidor público por vicios de procedimiento), en el precedente se afirma que el agravio de la autoridad es infundado ya que "... el plazo para

que se configure la prescripción será interrumpido... con la citación a la audiencia de ley respectiva y que cuando se haya declarado la nulidad del citatorio que da origen al inicio del procedimiento... éste no produce efectos jurídicos y se reduce a la nada jurídica, por lo que para la interrupción del plazo de prescripción deberá considerarse la notificación del nuevo citatorio que se haga al servidor público a la audiencia de ley..." (foja nueve vuelta del precedente) Como puede apreciarse, tanto este análisis como el anterior siguen cercanamente los razonamientos contenidos en las tesis federales. De hecho, si bien el precedente se refiere a la segunda solución normativa, sorprende que no se cite la tesis federal relacionada con ella siendo que ya había sido publicada en el Semanario Judicial de la Federación. En suma, en los precedentes que forman la tesis de la Sala Superior no se citan, sistemáticamente, las tesis jurisprudenciales federales, aunque sí pueden distinguirse las dos soluciones normativas. Asimismo, en los precedentes se da por sentada la existencia de lagunas, pero se omite razonar con amplitud la relación de semejanza relevante que hay entre los casos regulados y los no regulados. En síntesis, la Sala Superior acude directamente a las tesis jurisprudenciales y se apoya en los criterios allí desglosados, mismos que fungen como premisas de la decisión.

Finalmente, el recurso de apelación número 6051/2007 es el único de la serie en el que se cita no sólo la tesis federal número 2a./J. 137/2005, sino que se acude al contenido de la ejecutoria de la SCJN en la que se exponen los razonamientos sustanciales o *ratio decidendi*. Así se aprecia en la foja diecisiete vuelta del precedente que se comenta. La parte escogida por la Sala Superior es aquélla en la que la SCJN expone porqué debe considerarse que el plazo prescriptivo reinicia después de notificado el citatorio de ley en el procedimiento de responsabilidad administrativa, esto es, ya que es la autoridad quien debe soportar las consecuencias de su actuar negligente, al emitir una resolución tardíamente, no así el servidor público investigado. De nueva cuenta, la Sala Superior rebate a la autoridad acotando el modo en que la prescripción en materia de servidores públicos se entiende a diferencia del contexto civil. En efecto, en materia civil la presentación de una demanda interrumpe la prescripción. En cambio, en el caso del procedimiento administrativo de responsabilidad, la interrupción ocurre con la notificación del citatorio de ley, pero también en el momento en que se emite una resolución definitiva en la que se indique si un servidor público es o no responsable. La Sala Superior observa que, al pensar sobre la aplicación de la prescripción, cabe pondera dos clases de intereses: el de la sociedad que busca someter a procedimiento a los servidores públicos infractores y el de dichos servidores a conocer, a través de una resolución, cuál es su situación jurídica.

Cabe preguntarse si el hecho de que exista la jurisprudencia federal aporte soluciones claras a las lagunas normativas es razón suficiente para omitir, en un recurso de apelación, el modo en que dicha solución resulta aplicable al caso concreto. Consideramos, en principio, que la existencia de una tesis jurisprudencial es ciertamente útil porque expone una solución previa que ha de orientar la decisión en múltiples casos futuros. Aquí observamos el cumplimiento de los principios de universalidad e inercia en el discurso jurisprudencial. Sin embargo, con frecuencia las partes y el TCADF creen que basta con citar una tesis jurisprudencial para estimar que una sentencia está suficientemente motivada. Por tanto, no logra distinguirse el hecho de la existencia de una tesis jurisprudencial del deber de justificar porqué y cómo es

aplicable a un caso dado. Así, se presupone que el destinatario del discurso entiende perfectamente el modo en que el caso se vincula con dicho criterio, lo cual no ocurre necesariamente, omitiendo establecer información relevante que podría ser impugnada vía amparo por constituir un defecto de motivación jurídica. Lamentablemente, en la práctica se ignoran las reglas de la carga de la argumentación, válidas también en el caso de la cita de tesis jurisprudenciales... ¡pero también la propia jurisprudencia! Valga lo asentado en la tesis jurisprudencial 88/2000 del Pleno de la SCJN,⁹⁵ publicada en septiembre de dos mil en el SJFG, en la cual se precisa lo siguiente:

JURISPRUDENCIA. SU TRANSCRIPCIÓN POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN SUS RESOLUCIONES, PUEDE SER APTA PARA FUNDARLAS Y MOTIVARLAS, A CONDICIÓN DE QUE SE DEMUESTRE SU APLICACIÓN AL CASO. Las tesis jurisprudenciales emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno o en Salas, y las que dictan los Tribunales Colegiados de Circuito, dentro de sus respectivas competencias, son el resultado de la interpretación de las normas de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de los tratados internacionales, leyes federales, locales y disposiciones reglamentarias y, al mismo tiempo constituyen normas de carácter positivo obligatorias para los tribunales judiciales o jurisdiccionales, en términos de lo dispuesto en los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, y 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Sin embargo, como el artículo 16 constitucional obliga a toda autoridad a fundar y motivar sus resoluciones, debe estimarse que la sola transcripción de las tesis jurisprudenciales no es suficiente para cumplir con la exigencia constitucional, sino que es necesario que el órgano jurisdiccional asiente las consideraciones lógicas que demuestren, cuando menos, su aplicabilidad al caso concreto independientemente de que, de ser necesario, el juzgador complemente la aplicación de los criterios jurisprudenciales en que se apoye, con razonamientos adicionales que aseguren el cumplimiento de la referida garantía constitucional.

⁹⁵ En dicha tesis se resolvió la contradicción de criterios registrada bajo el número 17/98, sustentados por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito. La tesis fue aprobada en sesión del día cinco de septiembre de dos mil y el ponente fue el Ministro Juan Díaz Romero.

CAPÍTULO CUARTO

UN MODELO MIXTO DEL DISCURSO JURISPRUDENCIAL

A) FORMA Y MATERIA EN EL DISCURSO JURISPRUDENCIAL

En el capítulo primero advertimos que sustentamos una teoría *mixta* del DJ. Con tal denominación quisimos señalar que el DJ posee y desarrolla tanto elementos formales como materiales. En este capítulo profundizamos en el significado de los términos “formal” y “material”, refiriéndolos no sólo al DJ, sino también al DJUR.

En nuestro concepto, comprender el DJ requiere abordar tanto los aspectos *formales* que lo caracterizan como su *contenido o materia*. De hecho, asumimos que en el concepto mismo de “Derecho” se desenvuelven dos elementos: a) los que caracterizan las formas jurídicas; b) los que informan sobre los valores que orientan al Derecho, confiriéndole sentido y finalidad a las reglas y a las instituciones.

Como aduce Robert S. Summers, “la forma impregna al Derecho”. Lo formal en el derecho supone la existencia de instituciones, procedimientos y reglas aptos para estructurar un sistema jurídico y para tomar decisiones.⁹⁶ Afirmar la formalidad del derecho no supone, como podría pensarse, que sea un objeto “valorativamente neutro”. Al contrario, se trata de un campo de conocimiento dependiente de las valoraciones. De hecho, la existencia de formas básicas como las instituciones del Estado o las reglas de los procedimientos responden a la búsqueda del orden y la seguridad, siendo estos últimos valores fundamentales presentes en todo sistema jurídico.

⁹⁶ Según Summers, cuando pensamos en el concepto “derecho” lo asociamos a los siguientes fenómenos: a) las instituciones, como la legislatura y la judicatura; b) los fenómenos no institucionales, como los métodos y las técnicas de argumentación e interpretación; c) las reglas y los principios jurídicos; d) el sistema jurídico en su conjunto. Summers enfatiza que dichos ámbitos expresan formalidad desde distintos puntos de vista. Así, “... Las instituciones, los métodos, las reglas y el sistema jurídico en su conjunto, no son formales exactamente de la misma manera. La formalidad de los fenómenos jurídicos varía en cierto sentido, dependiendo de la naturaleza del tipo de fenómeno en cuestión. Así, un precepto jurídico es formal de un modo en que no lo es una institución jurídica como la legislatura. Por ejemplo, un sentido en que las reglas son formales es que tienen rasgos o atributos formales como su prescriptividad, su generalidad, su definición, su relativa plenitud y su estructura interna. Pero el legislador no es formal de estas maneras, y sería muy raro decir que el legislador es general en el mismo sentido en que las reglas son generales.” Cfr. *La naturaleza formal del derecho*, traducción de Pablo Larrañaga, Fontamara, México, 2001, p. 19.

Summers apunta que el término “formal” suele definirse en contraposición a lo “material”. En esta perspectiva básica, todo lo formal es lo que está privado de contenidos. Visto así, no serían formales los valores que informan el ordenamiento jurídico, las normas morales, las políticas públicas o directrices ni tampoco las personas. Como puede apreciarse, se trata de una definición negativa de lo formal. Empero, Summers pugna por una noción *afirmativa* de lo formal: “... Por algún tiempo traté de definir ‘forma’ de modo que se refería a cualquier cosa ‘independiente de contenido’. Esta aproximación abusa del contraste entre forma y contenido, y nos deja sin una concepción afirmativa de lo formal. Además, esta perspectiva nos lleva a la falsa conclusión de que las reglas y las instituciones tienen contenido en un mismo sentido.” (SUMMERS, 2001: 48)

Para mostrar cuáles son las modalidades de expresión de las formas jurídicas, Summers plantea el caso de una norma del tránsito de vehículos que establece un límite de velocidad. Dicha norma comienza su existencia en el terreno legislativo, lugar donde se crea. Así, Summers destaca varios modos de expresión de lo formal en la legislatura, indispensables para que exista una norma válida y con un contenido apropiado. Estos son: a) “forma compositiva mínima”; b) “forma autorizacional mínima”; c) “forma estructural mínima”; d) “forma procedimental mínima”; e) “forma metodológica mínima”; f) “forma acomodacional mínima”. La coordinación apropiada de cada una de estas modalidades formales “incrementa la tendencia a que la legislación tenga un buen contenido.” (*Ibidem*: 23 y ss.) La forma compositiva mínima determina quién puede ser legislador. La forma autorizacional especifica los poderes del órgano y cómo se ejercitan. La forma estructural señala “las relaciones entre las partes y el todo”, mientras que la forma procedimental puntualiza los pasos que deben seguirse “para que las acciones de algunos elementos cuenten como acciones del órgano en cuestión”. La forma metodológica, por su parte, ayuda a definir los hechos relevantes, su tratamiento y el hallazgo de soluciones. Finalmente, la forma acomodacional especifica la medida “en que el órgano legislativo puede legislar en relación con materias con un contenido muy variado”. Este recuento de variantes formales, creemos, resulta aplicable para la comprensión del ámbito formal del DJUR, sobre todo para entender quién crea jurisprudencia, en qué casos, cómo lo hace, qué tipo de atribuciones ejerce y con qué efectos. Veamos cómo.

Desde el punto de vista *compositiva*, las reglas del sistema jurídico puntualizan qué agentes institucionales pueden fungir como jueces, es decir, como autoridades del Estado responsables de ejercer jurisdicción. Es evidente que el DJUR no sería posible sin los agentes institucionales que lo suscitan: los jueces. Empero, no basta con ser juez para emitir jurisprudencia o generar un precedente. A través de las formas *autorizacionales* se fijan las facultades jurisdiccionales y el modo en que se ejercen. Dichas facultades pueden comprender, también, los poderes institucionales para establecer jurisprudencia. En Estados como el mexicano, dichos poderes están expresamente atribuidos a ciertos órganos jurisdiccionales, como la SCJN, los TCC y algunos tribunales que no pertenecen al PJP. Sin embargo, en un sentido amplio puede pensarse que todo juez es susceptible de generar sus propios precedentes con independencia de la jerarquía que ocupe en la jurisdicción o de si existen normas que le reconozcan tal atribución. En principio, la facultad que reconoce a un juez la autoridad para juzgar posibilita la generación de

un precedente. Ciertamente, la regla que establece la competencia jurisdiccional no es la misma que define la facultad jurisprudencial. Sin embargo, para que exista un precedente debe haber una facultad para ejercer jurisdicción. El precedente, por tanto, no puede surgir de la nada ya que, por definición, siempre constituye la respuesta jurídica a un problema litigioso.

Summers plantea, también, las formas *estructurales* mínimas. En el caso del DJUR, éstas revelarían cuál es la constitución de los órganos jurisdiccionales de un país así como los nexos que mantienen entre sí, notablemente los de jerarquía. Así, la relación entre el Tribunal Pleno de la SCJN y sus Salas, o entre éstos y los TCC. La forma estructural se vincula con la composicional en la medida en que no poseen el mismo peso las tesis jurisprudenciales emitidas por los jueces de última instancia que por los de nivel inferior. Precisamente porque, en el plano institucional, existe una jerarquía en las estructuras de la judicatura, las decisiones de los tribunales superiores se sobreponen a las de los inferiores, lo que comprende las decisiones en materia de jurisprudencia. Para constatarlo no se requiere, incluso, de una serie de reglas que así lo establezcan expresamente. Una estructura piramidal de la judicatura favorece el control jerárquico y centralizado de las decisiones en aras de la unidad de criterios. Si bien, por virtud del principio de independencia judicial, siempre es posible que un juez inferior falle en contra del precedente, también lo es que su decisión puede revocarse por el tribunal superior cuyo precedente fue desconocido.

El ejercicio de los poderes institucionales para crear jurisprudencia observa ciertas *formas procedimentales mínimas*. Como ejemplo de estas últimas, pueden invocarse las reglas previstas en México para crear jurisprudencia en los casos de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, requiriéndose una votación mayoritaria de ocho votos. Si no se constata la votación exigida constitucionalmente, no existe jurisprudencia. Asimismo, en el caso de la jurisprudencia por reiteración, deben haberse obtenido cinco ejecutorias emitidas sobre un mismo tema en idéntico sentido, aprobadas por unanimidad de votos. Si estas reglas no se cumplen, es imposible hablar de una jurisprudencia por reiteración válida.

A semejanza de la creación de reglas vía legislativa, en el caso de la jurisprudencia se inicia con la presentación de un proyecto de tesis que es sometido a la consideración del tribunal competente. Seguidamente, y con apoyo en una resolución, se aprueba o descarta el proyecto de tesis jurisprudencial. El descarte del proyecto de tesis puede ocurrir, entre otras razones, por no referirse al problema planteado en el caso, por no alcanzar la votación idónea o porque el número de precedentes relevantes no esté reunido. En el caso de la jurisprudencia que resuelve contradicciones de tesis, el descarte puede ocurrir cuando se concluye que no existe contradicción. En todo caso, obtener la votación idónea es un requisito formal inescapable. Una vez aprobada en la sesión plenaria, se ordena su publicación para que pueda ser conocida y aplicada. En el contexto mexicano, cada una de estas formas revela un paso indispensable para que alcanzar el fin consistente en una tesis jurisprudencial obligatoria. A semejanza de las

normas producidas legislativamente, pueden publicarse *errata* de las tesis jurisprudenciales, tal y como ocurrió con las dos primeras tesis de la cuarta época de la jurisprudencia del TCADF.⁹⁷

Se objetará que, en otros países no se siguen a la letra estas formalidades de procedimiento. Incluso puede afirmarse que ni siquiera se observan de hecho. La votación adoptada en un caso valida la sentencia, no la tesis jurisprudencial. Asimismo, cuando los tribunales extranjeros emiten una sentencia no persiguen que se difunda la *ratio decidendi* ahí contenida a través de un medio oficial. Con frecuencia resulta una empresa de difícil solución hallar simplemente el precedente exactamente aplicable, sobre todo en los países donde no se estila su difusión periódica y pública o en donde distintas editoriales privadas se disputan la publicación de precedentes.⁹⁸ Sin embargo, es posible afirmar que del hecho de que algunos países no posean reglas procedimentales que fijen la creación y difusión de la jurisprudencia no se sigue, forzosamente, que dichas reglas no puedan existir, reconocerse y aplicarse, incluso en aras de una mayor certeza jurídica y con el objetivo de realizar el principio de justicia formal. La observancia, en los países anglosajones, del principio de *stare decisis*, requiere de formas procedimentales mínimas que permitan identificar la *ratio decidendi* y, más aún, que favorezcan la identificación de una decisión como *precedente* de otra.

En cuanto a la forma *metodológica*, en el DJUR se expresa notablemente en la manera en que se establece la tesis jurisprudencial, es decir, cómo cobra existencia jurídica, qué parte de la sentencia tiene valor de precedente, cómo se extrae dicho precedente y de qué manera se difunde institucionalmente. En este punto conviene resaltar la existencia y aplicación de métodos para establecer cuál es la *ratio decidendi* de un caso. Estos métodos gozan de alguna relevancia en los países anglosajones, si bien se aprecia que no existe unanimidad respecto a su eficacia.⁹⁹ En México, el PJF observa el Acuerdo del Tribunal Pleno de la SCJN número 5/2003 en materia

⁹⁷ Efectivamente, las dos primeras tesis de la cuarta época fueron publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el dieciocho de noviembre de dos mil diez. Se refieren a la materia de tránsito vehicular. El error consistió en que, en ambas tesis, se señaló “Tercera” en lugar de “Cuarta Época”. Fue corregido a través de lo que la Sala Superior del TCADF denominó, curiosamente, una “*nota aclaratoria* a las jurisprudencias 1 y 2”.

⁹⁸ En México, por virtud del decreto de fecha ocho de diciembre de 1870, se creó el Semanario Judicial de la Federación, medio oficial de difusión de la jurisprudencia. En dicho decreto se estableció el deber de publicar todas las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales federales a partir del restablecimiento de la República liberal en 1867. Asimismo, debían publicarse los pedimentos del Procurador General de la Nación, del Ministro Fiscal de la Suprema Corte de Justicia y de los promotores fiscales de los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito. También debían difundirse las actas de los acuerdos plenarios de la Suprema Corte de Justicia, así como los informes pronunciados ante ella. La aparición del Semanario Judicial de la Federación inauguró la denominada Primera Época de la jurisprudencia. Las “épocas” de la jurisprudencia se dividen en dos periodos: el periodo de la jurisprudencia histórica (primera a cuarta épocas) y las vigentes (de la quinta a la novena épocas).

⁹⁹ En el punto 2) de esta sección exponemos los rasgos característicos de tales métodos.

compilación y sistematización de tesis. En él se disponen reglas para elaborar tesis aisladas y jurisprudenciales, así como para su aprobación, difusión y sistematización.

Entre las obligaciones que deben observarse en la elaboración de las tesis a la luz del Acuerdo 5/2003 destacan: a) verificar que el texto y el precedente correspondan a las ejecutorias citadas; b) corroborar que la votación en cada caso fue la idónea para fijar jurisprudencia; c) cuidar que se reúna el número de precedentes o ejecutorias necesario legalmente para integrar jurisprudencia por reiteración; d) informar sobre los cambios de criterio que se constaten; e) elaborar índices actualizados que faciliten la ubicación rápida y certera de las tesis. Las tesis son redactadas atendiendo a criterios sintácticos denominados “claves de control” y “claves de publicación”.

En el caso de una contradicción de tesis, la forma metodológica a la que se refiere Summers adquiere especial relevancia. En efecto, si la función básica de la jurisprudencia consiste en establecer un criterio o regla a observar en la decisión de casos futuros semejantes al tratado en la tesis invocada, la existencia de criterios contradictorios quebranta tal propósito. Para el tratamiento y solución de una contradicción de criterios o tesis se siguen, *grosso modo*, dos pasos: a) constatar la existencia de la contradicción; b) plantear, en su caso, la solución a tal contradicción.¹⁰⁰ Hay reglas adicionales que guardan relación con qué sujetos jurídicos poseen legitimidad para denunciar una contradicción de tesis; qué órgano u órganos pueden tramitarla y resolverla; cuáles son las causas de improcedencia de la denuncia de contradicción; sobre la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, etcétera.

Finalmente, la forma *acomodacional* guarda relación, en nuestro concepto, con la eficacia que puede alcanzar una tesis jurisprudencial en la solución de una multiplicidad de casos con un contenido diverso. Puede ocurrir que la tesis se refiera a lo que en México se denomina, en el

¹⁰⁰ Conforme a la legislación mexicana, están facultados para presentar una denuncia de contradicción de tesis las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (o los Ministros que las conforman), los Tribunales Colegiados de Circuito (o los Magistrados que los integran), el Procurador General de la República y las partes que intervinieron en los juicios en los que se generaron los precedentes controvertidos. Lo anterior, conforme a lo dispuesto en los artículos 197 y 197-A de la Ley de Amparo vigente. Corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer y resolver las denuncias de contradicción de tesis. Entre las causas de improcedencia de una denuncia –muchas de ellas establecidas, también, a través de tesis jurisprudenciales– figuran: cuando una de las ejecutorias que integran una de las tesis jurisprudenciales en controversia no ha alcanzado el estado de cosa juzgada (por lo que no era aún idónea para constituirse como precedente); cuando una de las tesis denunciadas tenga su origen en un criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el otro en una tesis de un Tribunal Colegiado de Circuito (prevalece el del tribunal superior) o cuando uno de los tribunales cuya tesis se oponga a otra decida abandonar su criterio, plegándose a la tesis contraria.

plano federal, la “materia común”, o bien a materias especializadas. Como ejemplo del primer tipo, valga citar la tesis federal “RETROACTIVIDAD DE LA LEY, PRECEPTOS CONSTITUCIONALES NO SON IMPUGNABLES POR”.¹⁰¹ En esta tesis se sostiene una diferencia entre la expedición de normas con efectos retroactivos emitidas por el legislador común y por el Poder Revisor de la Constitución. Se postula que, en el caso de las normas constitucionales, éstas deben aplicarse incluso retroactivamente, aún cuando el artículo 14 de la Constitución Federal lo prohíba cuando genere perjuicios en la esfera jurídica de un sujeto. En cambio, una tesis especializada se refiere a un ámbito técnico del derecho, como el área civil, laboral, penal o administrativa. En el plano de la formalidad acomodacional, un objetivo buscado es la máxima aplicabilidad de la jurisprudencia. Es claro que dicho objetivo puede lograrse, en gran medida, con la existencia de un sistema de difusión de las tesis jurisprudenciales asequible tanto al personal jurisdiccional como al público en general.

Los criterios de Summers antes invocados expresan una manera de abordar el nivel formal del DJUR en el que se resalta el aspecto institucional. Pero existe otra dimensión de lo formal que debemos resaltar, a saber la lógico-argumentativa. En el DJUR tienen cabida los principios y reglas de la argumentación. Estos principios y reglas, expuestos en el capítulo primero, le brindan racionalidad al intercambio discursivo favoreciendo la comunicación. El discurso, entendido como una práctica social que emplea el lenguaje y permite el intercambio de mensajes entre hablantes, cobra realidad en el ámbito jurisprudencial. La producción, difusión y uso de la jurisprudencia comprende, también, un ámbito del DJ.

En contraste, el ámbito *material* del DJUR resalta quiénes son los hablantes que discurren, en qué contexto de enunciación, cuál es el contenido de su discurso y qué efectos produce. Al respecto, en una obra consagrada a la argumentación Manuel Atienza distingue, también, entre las dimensiones formal y material, aduciendo: “... la necesidad de argumentar no suele provenir de la necesidad de resolver un problema estrictamente formal. Más frecuentemente surge en relación con problemas *materiales* como los siguientes: explicar un fenómeno, predecir un acontecimiento, averiguar que algo ha sucedido de tal manera o que tiene tales y cuales características, justificar una acción, recomendar a alguien que haga tal acción etc. Se trata... de la experiencia ordinaria en la que se desenvuelve nuestra vida...” (ATIENZA, 2006: 81). De todas estas manifestaciones del nivel material del discurso, la que más nos interesa en el campo del DJUR es la relativa a la explicación y justificación a través de la argumentación. Ello es así, ya que el núcleo del precedente lo es la *ratio decidendi* o razón jurídica que motiva la decisión. Esta decisión se obtiene argumentativamente y tiene por objetivo aplicarse a un sinnúmero de casos, operando como una regla o premisa universal. El DJ emplea la argumentación para

¹⁰¹ Esta tesis pertenece a la Quinta Época de la jurisprudencia federal. Fue aprobada por el Pleno de la SCJN y figura en el Apéndice al SJFG del año de mil novecientos noventa y cinco, tomo I, tesis 302, página 282 (referencia en el IUS: 389,755). En la tesis se afirma que “El legislador constituyente, en uso de sus facultades amplísimas, pudo, por altas razones políticas, sociales o de interés general, establecer casos de excepción al principio de no retroactividad, y cuando así haya procedido, tales preceptos deberán aplicarse retroactivamente...”

construir decisiones justificadas, por lo que el análisis del contenido de las decisiones discursivamente adoptadas requiere apelar a su contenido. En palabras de Atienza:

... La solución argumentativa... de un problema material requiere que se use alguna forma de argumento... de manera que podría decirse que, en ese sentido, la concepción material de la argumentación presupone la formal. Pero en la concepción material... lo esencial es el contenido. Quien tiene que solucionar un problema material no puede adoptar en relación con los enunciados que funcionan como premisas una actitud hipotética, descomprometida, como ocurría en la concepción formal, sino que tiene que comprometerse con su verdad o corrección y... con la verdad o corrección de la conclusión... En la concepción material de la argumentación no se hace... abstracción del contenido... (*Ibidem*: 84)

Manuel Atienza va más allá de la dicotomía formal-material, añadiendo un tercer ámbito que denomina *pragmático*. Para Atienza, "... lo esencial no es que el argumento tenga cierta forma o que los contenidos, las tesis del orador o de cada parte, resulten fundados, tengan fuerza explicativa, justificativa, etc. Lo decisivo es que alguien resulte persuadido, que acepte algo, que la argumentación produzca determinados efectos. Hablo de concepción "pragmática" precisamente porque lo central aquí son los efectos que producen las argumentaciones y porque se tiene en cuenta... las circunstancias, los roles y las acciones de quienes argumentan... ahora la argumentación es necesariamente una acción social..." (*Idem.*) Hemos afirmado, precisamente, que los estudios sobre el discurso, entre ellos el jurídico, se ubican en la dimensión pragmática del lenguaje. Es por ello que, entre los elementos *materiales* del DJ (y, por extensión, del DJUR) ubicamos el estudio de los efectos que produce en diversos contextos.

Por otra parte, cuando se piensa en los sujetos del discurso en el DJUR, debe tenerse en cuenta una cierta concepción sobre la función judicial. En el capítulo segundo advertimos cuán sensible puede resultar una teoría del DJUR dependiendo de la concepción que se tenga sobre la función judicial. Quien postula una teoría *declarativa* de dicha función parte de la premisa de que los jueces no ejercen discrecionalidad y, por tanto, jamás introducen nuevas reglas en el sistema jurídico. El rol del precedente se encuentra debilitado.¹⁰² Al contrario, cuando se sostiene una teoría *constitutiva* de la función judicial, se acepta la construcción judicial de normas jurídicas. El papel que el precedente judicial posee bajo una teoría constitutiva es más significativo, ya que se acepta la posibilidad de que sea fuente de normas jurídicas. El juez es visto como un actor

¹⁰² Estamos conscientes de que las dos posiciones teóricas aquí descritas no agotan, ciertamente, el espectro de explicaciones posibles acerca del fenómeno de la discrecionalidad judicial. La doctrina de Ronald Dworkin niega la discrecionalidad fundándose en el poder de la interpretación jurídica y, sin embargo, no puede catalogarse como declarativa en el sentido aquí expresado.

clave en la integración del DJ. Con sus decisiones, contribuye a la realización de los objetivos que fijan las Constituciones actuales.¹⁰³

Creemos que existe otra variable capital para entender el rol de los jueces como hablantes privilegiados en el DJUR: en función de su posición institucional. Para ello, el analista ha de considerar la estructura de la judicatura en el país examinado, la jerarquía entre los tribunales y la existencia de una doctrina y de una práctica del precedente obligatorio, resaltando los principios (implícitos o explícitos) que permiten explicar porqué y cómo es que se sigue el precedente. Como pudimos advertir en el capítulo segundo, en la mayoría de los países occidentales el precedente goza de fuerza obligatoria cuando se trata de los criterios emitidos por los tribunales superiores, notoriamente los que efectúan control de constitucionalidad. Así, el aspecto institucional, referido a la posición de los jueces en la estructura del Estado, permite explicar en buena medida el lugar que ocupa el precedente en el sistema de fuentes. En suma, una teoría del DJUR es dependiente de elementos formales y materiales, comprendiendo mínimamente los aspectos siguientes: a) una teoría de la función jurisdiccional en el Estado constitucional de derecho; b) una teoría de las fuentes del derecho y el lugar del precedente en ellas, con especial referencia a su obligatoriedad; c) una teoría sobre la discrecionalidad judicial.

B) EL PRECEDENTE JUDICIAL COMO UNIDAD BÁSICA DE ANÁLISIS DEL DISCURSO JURISPRUDENCIAL

Cuando se examina la literatura especializada en el campo del precedente judicial es fácil constatar que las fuentes predominantes son extranjeras, notablemente anglosajonas. En el ámbito internacional resulta excepcional –como ocurre en México– que el derecho positivo de un Estado reconozca expresamente que los precedentes (o la jurisprudencia) son una fuente de observancia obligatoria. Pero tal excepcionalidad no debe ser considerada como prueba irrefutable de la nula fuerza del precedente. De hecho, el precedente judicial es observado aún en la ausencia de una regla jurídica positiva que imponga su obligatoriedad. Ciertamente, uno de los aspectos que debe explicar una teoría del DJUR es cómo resulta posible explicar la fuerza del precedente aún en ausencia de una regla jurídica que imponga expresamente su observancia obligatoria.

¹⁰³ Para los teóricos del neoconstitucionalismo, uno de los movimientos más influyentes en la teoría jurídica contemporánea, el juez desempeña un papel central en las democracias contemporáneas. Su tarea no se limita a “declarar el derecho válido” sino, sobre todo, a realizar los valores que impregnan el ordenamiento jurídico así como a salvaguardar los derechos fundamentales.

Para construir una teoría del DJUR no basta con pensar el precedente a la luz de un solo sistema jurídico. El objetivo metodológico de una teoría es informar acerca de lo general o común presente en un conjunto de fenómenos. Una teoría del DJUR debe describir cómo se integra un precedente con independencia de jurisdicciones particulares. En este sentido, resulta indispensable pensar la teoría del DJUR desde una perspectiva comparada. Centrarse en el caso mexicano limitaría una teoría del DJUR porque la práctica común del precedente revela que, en la mayor parte de los países occidentales, se reconoce su fuerza aún cuando no esté planteada en una regla expresa del sistema jurídico. Elaborar una teoría del DJUR exige al investigador pensar en los elementos que caracterizan el modo en que las decisiones adoptadas en el pasado por los jueces pueden fungir como razones para la acción en el futuro. Creemos que el precedente, visto como unidad analítica y discursiva, constituye el núcleo básico de una tal teoría. Si bien acentuamos el carácter discursivo del precedente, ello no restringe su función institucional, tal y como lo puntualizamos seguidamente.

El precedente es el resultado pragmático-institucional de un acto especial de comunicación en el discurso jurídico. Si bien los argumentos que informan al precedente radican en la sentencia, el precedente no es igual a la sentencia. En efecto, la sentencia decide el fondo de una controversia. Su vocación es proveer sobre cómo el Derecho, en un caso particular, determina lo que es debido. En cambio, el precedente aspira a la universalidad, esto es, pretende ser aplicado a un sinnúmero de casos futuros que guarden una relación de semejanza relevante con él. Desde este punto de vista, el precedente opera como un depósito de razones jurídicas aptas para ser empleadas en casos análogos (*ready-made reasons*). Examinados en su totalidad, los precedentes constituyen un conjunto de decisiones interpretativas que nos hacen mirar al Derecho como una empresa que está en constante realización.

Desde un cierto punto de vista, el precedente expresa cómo, en sentido amplio, el pasado influye en el presente. Esa influencia puede describirse en términos graduales. Puede pensarse que lo decidido en el pasado es de tal importancia que rige plenamente en la solución de nuevas controversias, o bien considerarse que el pasado no influye en lo absoluto en el presente. Afirmar la existencia de los precedentes requiere considerar que, de algún modo, lo resuelto en el pasado sí tiene importancia para solucionar un problema actual. En la aplicación cotidiana de las reglas, puede observarse que el precedente es invocado regularmente para resolver contundentemente múltiples casos, garantizando cierta estabilidad en la toma de las decisiones jurídicas.

Con independencia de que los precedentes que gozan de mayor autoridad son los provenientes de los tribunales superiores debe advertirse que todo juez, como *sujeto del discurso*, es susceptible de generar un precedente. Ciertamente, todo juez funge como un hablante posicionado institucionalmente que puede emplear sus decisiones pasadas para resolver el presente. Por lo anterior, aún cuando el factor institucional resulte sumamente trascendente para explicar el rol del precedente en un sistema jurídico –notablemente en lo tocante a la organización jerárquica de los tribunales–, lo cierto es que no ha de perderse de vista tanto el rol institucional del juez como su rol discursivo dentro de la actividad jurisdiccional.

En el capítulo tercero se definió al precedente como una decisión jurídica anterior que es juzgada relevante para la solución de casos futuros. Esta concepción resalta los elementos fundamentales presentes en la idea del precedente. Efectivamente, el precedente expresa la existencia de una decisión jurídica que, si bien es el resultado de una o varias sentencias, puede distinguirse de éstas. Dichas decisiones sirven para la solución de casos futuros, partiendo de la existencia de semejanzas relevantes de hecho y de derecho observables entre dos casos. El precedente muestra uno de los ámbitos en el derecho en donde el pasado contribuye a interpretar el presente.

Existen diversos modos de explicar cómo es que el precedente influye en la toma de decisiones. Creemos que la manera más significativa lo es desde el punto de vista del discurso. Los precedentes, claves en la formación del DJUR, reposan sobre un conjunto de *razones jurídicas que establecen pautas interpretativas*. Se trata de razones porque tienen por objetivo fundamentar o explicar por qué y cómo una disposición o conjunto de disposiciones han de ser entendidos de cierta manera en un caso dado. Son jurídicas porque su punto de partida es lo dispuesto en las fuentes del derecho positivo. Dichas razones pueden servir como premisas en la argumentación jurídica. La forma prototípica que adoptan dichas razones es la que nos informa acerca de cuál es el criterio, regla o pauta interpretativa juzgado “correcto” para resolver un caso. Se trata, en una palabra, de lo que en capítulos anteriores se denominó la razón de la decisión o *ratio decidendi*. A esta noción le asignamos un peso discursivo y argumentativo, ya que resaltamos el modo por el cual se construye lingüísticamente lo que el Derecho prevé.

Imprimirle a la *ratio decidendi* del precedente una dimensión discursiva y argumentativa no elimina la posibilidad de ponderarla desde otros puntos de vista. Uno de los más usuales es el de ubicarla como *regla jurídica*. Aquí destaca Rupert Cross, para quien dicha noción es “cualquier regla de derecho tratada expresa o implícitamente por el juez como necesaria para soportar la conclusión” (CROSS, 2004: 72). El papel de la *ratio decidendi* según Cross es similar al de la premisa universal que ocupan las reglas en el campo de la argumentación jurídica. Sin la identificación de una regla jurídica, la toma de decisiones en el Derecho no estaría debidamente fundamentada. Sin embargo, no todos están de acuerdo en caracterizar a la *ratio decidendi* necesariamente como una regla o un principio.

Para Neil Duxbury, la doctrina no ha sido capaz de establecer con certeza si la *ratio decidendi* comprende, exclusivamente, una regla, un principio o la mera expresión de un conjunto de razones para la acción. Pese a ello, Cross y Duxbury no vacilan en considerar que los precedentes esgrimen razones y que, a los fines de la comprensión de la autoridad de los precedentes, su identificación resulta esencial. Una de las maneras de comprobar la autoridad del precedente es observando y describiendo la actitud que los jueces adoptan cuando es invocado en

un litigio. Sea que se reconozca la obligatoriedad del precedente o que se le rechace, los jueces deben siempre justificar su posición.¹⁰⁴

El precedente no expresa, por ende, un discurso vacío de significados sino, al contrario, es él mismo una fuente discursiva de significados jurídicamente relevantes. Más aún, hacemos eco de lo sostenido por Rupert Cross cuando sostiene que los precedentes cuya *ratio decidendi* no está argumentada expresamente no deberían ser susceptibles de obligar a los jueces. Los precedentes deben apoyarse en una justificación que sustente la decisión adoptada y ello no sólo para fines de identificación del principio o regla, sino también para aducirlas en la solución de casos futuros. De cualquier suerte, el que un precedente sea un núcleo proveedor de razones jurídicas para la acción significa que los jueces que deban tomar decisiones en el futuro habrán de justificar por qué resulta o no aplicable a un caso, pudiendo incluso argumentar a favor de su superación.¹⁰⁵ En suma, "... el hecho de que una decisión precedente provea de razones para decidir de cierto modo sobre ciertos hechos significa que una corte que no sigue la decisión reconocerá la importancia de justificar por qué se decide diferente..." (DUXBURY, 2008: 92) Si los precedentes no tuvieran peso alguno, no se entendería por qué se requiere argumentar a favor o en contra de su aplicación. De este modo, podemos apreciar cómo el pasado rige sobre el presente, estableciendo un lazo discursivo entre las decisiones de ayer y las de hoy. Para la integración de esa conexión la *ratio decidendi* desempeña un papel preponderante.

En México el acceso a la jurisprudencia definida por el PJJ se ha favorecido por la digitalización, notablemente desde que las tesis se compilaron electrónicamente en la década de los años noventa del siglo XX. Pero la facilidad en el acceso no garantiza que el lector de las tesis comprenda, cabalmente, las razones jurídicas que motivaron los precedentes. De hecho, una excesiva estandarización del criterio jurídico contenido en las tesis puede suscitar una escisión entre la *ratio decidendi* y el caso concreto del que emergió. Una de las consecuencias de esta separación es que, en ocasiones, se apliquen las tesis de manera descontextualizada o, pero aún, manipulada. De ahí que consideremos indispensable examinar los precedentes en sí mismos ya

¹⁰⁴ Debemos distinguir entre los conceptos de "precedente obligatorio" y "precedente aplicable". Debe afirmarse, en primer término, la obligatoriedad del precedente para que tenga sentido pensar en su aplicación a casos específicos. Por tanto, una teoría del discurso jurisprudencial puede sostener, consistentemente, la obligatoriedad de los precedentes (o de la jurisprudencia) y, al mismo tiempo, considerar la posibilidad de que, en algunos casos, ciertos precedentes no sean *aplicables* por guardar diferencias medulares con los casos en los que se han invocado. En suma, el que un precedente resulte inaplicable a un caso no prueba que lo sea para todos los demás casos en los que sí se adviertan semejanzas relevantes que ameriten una igualdad de tratamiento, en observancia a los principios de *stare decisis* y de justicia formal.

¹⁰⁵ Ésta podría ser la posición sustentada no solamente por el mismo tribunal que generó el precedente, sino incluso por uno de inferior jerarquía. Si bien dicho tribunal inferior puede decidir plegarse rigurosamente al precedente, nada impide que, a través del voto disidente, se expresen consideraciones de minoría que argumenten a favor de la superación del precedente cuya corrección se critica.

que, como pudimos advertir en el capítulo tercero, puede haber un contraste radical entre la tesis publicada y la *ratio decidendi* que informó la decisión original. A ello se suma la práctica común entre abogados y jueces quienes citan, sin mayor justificación, numerosas tesis en sus escritos y sentencias, considerando que los criterios jurídicos ahí contenidos son exacta o análogamente aplicables al caso en cuestión. Se cree que la transcripción lisa y llana de la tesis “ahorra” el trabajo de justificar por qué se cree aplicable al caso dado.

En los países anglosajones uno de los problemas más acuciosos de la doctrina en torno al precedente es, precisamente, la determinación (y no sólo la definición teórica) de la *ratio decidendi* en un caso dado. Las soluciones adoptadas oscilan entre quienes creen haber encontrado un método cuasi-definitivo para determinarla, los escépticos e incluso los cínicos.¹⁰⁶

En el ámbito del DJUR, lo contrario a la *ratio decidendi* es la *obiter dicta*. Las consideraciones que forman parte del conjunto de proposiciones designadas bajo el nombre de *obiter dicta* son las que no resultan “esenciales” para la adopción de la decisión, esto es, consideraciones formuladas “al paso” (*by the way*) o bien “al calor del momento” (*on the spur of the moment*), siguiendo la clásica formulación de Rupert Cross.¹⁰⁷ La distinción entre la *ratio decidendi* y la *obiter dicta* presenta dificultades como las siguientes: a) una y otra pueden contraponerse con frecuencia en el texto mismo del precedente; b) en algunos casos el juzgador no expresa claramente cuál es la *ratio decidendi* e incluso pueden coexistir varias razones jurídicas en competencia entre sí; c) ocurre que la *ratio decidendi* sea lo que un tribunal posterior a aquél que generó el precedente establezca en su decisión.¹⁰⁸ Al respecto, consideramos que tanto la *ratio decidendi* como las consideraciones que forman la *obiter dicta* están integradas por argumentos o razones, pero sólo aquéllos que son tenidos por necesarios y suficientes formarán parte de la *ratio decidendi*. Por tanto, más que una oposición formal entre ambos tipos de razones, es conveniente distinguir la *ratio decidendi* de la *obiter dicta* atendiendo al peso cualitativo que detentan en el DJUR. Si bien el estilo común de redacción de las tesis jurisprudenciales en México se centra en la *ratio decidendi*, ello no impide que, en la redacción de la tesis, se incluyan consideraciones del tipo *obiter dicta*, verbigracia, cuando se exponen ejemplos que pretenden ilustrar la operatividad de la *ratio decidendi*.

¹⁰⁶ Es imposible omitir aquí el pensamiento de Lord Asquith, expresado en tono bromista, al respecto de los esfuerzos de quienes intentan conocer objetivamente la *ratio decidendi*: “The rule is quite simple, if you agree with the other bloke you say it is part of the ratio; if you don’t you say it is *obiter dictum*, with the implication that he is a congenital idiot.” Citado por Rupert Cross y J. W. Harris en su obra *Precedent in English Law*, 4a. edición, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 50.

¹⁰⁷ Apunta Cross que la distinción entre la *ratio decidendi* y la *obiter dicta* puede remontarse hasta el año de 1673. En la opinión del juez Vaughan, recogida por Cross, “An opinion given in court, if not necessary to the judgment given of record, but that it might have been as well given if no such, or a contrary had been broach’d, is no judicial opinion, but a mere *gratis dictum*.” CROSS, Rupert y HARRIS, J.W., *Op. Cit.*, p. 41.

¹⁰⁸ Seguimos aquí los criterios expuestos por Neil Duxbury en su obra *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 69-76.

Eugene Wambaugh y Arthur Goodhart propusieron sendos métodos para discernir la *ratio decidendi*. El primero, profesor de la Universidad de Harvard, difundió en el año de 1894 un trabajo sobre el estudio de casos dirigido a los estudiantes fundado en el llamado *test of inversion*.¹⁰⁹ El método de Wambaugh preconiza el contraste entre proposiciones jurídicas, debiéndose optar por aquélla que justifique mejor la decisión efectivamente adoptada por el tribunal. Recuérdese que la necesidad de contar con métodos para hallar la pretendida *ratio decidendi* surge del hecho de que, en los países anglosajones, las razones jurídicas que informan los precedentes no suelen reportarse sistemáticamente. Según Wambaugh, para encontrar la *ratio decidendi* que sirvió de fundamento en un caso han de observarse tres pasos, los cuales se explican seguidamente.

Primero, se ubica la proposición jurídica a la que se le atribuye ser la razón de la decisión. Por ejemplo, en el contexto mexicano surgió la cuestión de si los propietarios de vehículos con diez años *exactos* de antigüedad deben o no pagar el impuesto sobre tenencia o uso de vehículos. Lo anterior es relevante si se tiene en cuenta que la Ley del Impuesto sobre Tenencia o Uso de Vehículos señala que los propietarios de vehículos con *más de diez años* de antigüedad causarán el impuesto a una tasa igual al cero por ciento lo que, empíricamente, entraña que no eroguen cantidad alguna. Conforme a lo anterior, no hay duda de que quienes tengan vehículos cuya antigüedad oscile entre los cero y los nueve años, causarán el impuesto correspondiente partiendo de una tasa superior al cero por ciento. En contraste, quienes posean vehículos con más de diez años de antigüedad, lo causarán con una tasa igual al cero por ciento. Sin embargo, ¿deberán pagar los que posean un vehículo con diez años de antigüedad? La proposición jurídica inicial, siguiendo el primer paso formulado por Wambaugh, diría: “los propietarios de vehículos con diez años de antigüedad sí causan el impuesto sobre tenencia o uso de vehículos a una tasa *igual* al cero por ciento.”

El segundo paso del método señala, precisamente, que debe invertirse el significado de la proposición jurídica inicial. En este sentido, se afirmaría: “los propietarios de vehículos con diez años de antigüedad no causan el impuesto sobre tenencia o uso de vehículos.” El último paso postula que el intérprete debe efectuar una especie de balance de razones en competencia, preguntándose si el tribunal habría decidido del mismo modo en caso de haber optado por la segunda proposición jurídica. En el caso aquí planteado, es evidente que la primera proposición es la correcta, ya que no puede estimarse que exista una especie de “limbo jurídico” para el caso de los propietarios de vehículos con diez años exactos de antigüedad.¹¹⁰

¹⁰⁹ Nos referimos a la obra intitulada “The Study of Cases. A Course of Instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling Digests” (Boston, Little Brown & Company).

¹¹⁰ Wambaugh, citado por Rupert Cross, lo explica así: “First frame carefully the supposed proposition of law. Let him then insert in the proposition a word reversing its meaning. Let

En contra del método preconizado por Wambaugh se ha sostenido que el mero hecho de invertir el significado de una proposición jurídica no modifica en nada la decisión adoptada originalmente por un tribunal: ésta prevalece aún cuando el intérprete “juegue” lingüísticamente con la proposición tenida por ser la *ratio decidendi*. De hecho, pueden existir distintas razones jurídicas relevantes formando parte de un mismo precedente. El método propuesto por Wambaugh, en caso de ser funcional, centra su atención en una sola proposición jurídica. En el contexto mexicano, el método resulta poco útil si se recuerda que las tesis jurisprudenciales precisan, en el rubro, lo que normalmente es tenido por la *ratio decidendi* del caso. Es probable que el método tenga alguna funcionalidad en el caso de los precedentes emitidos por aquéllos jueces y tribunales sin atribuciones formales para fijar jurisprudencia.

Como otros especialistas en el tema, Wambaugh sostiene que la *ratio decidendi* es la proposición jurídica “necesaria” para la adopción de la decisión. Empero, no es lo mismo pensar en la proposición que el juez cree ser la razón de la decisión que aquella que, de hecho, tiene ese carácter a la luz del caso. En la hipótesis de un precedente cuya *ratio decidendi* no se encuentra esclarecida expresamente, siempre es factible que el juzgador (o el abogado) manipule su contenido para concluir que una determinada proposición jurídica –precisamente la que el intérprete desea resaltar- revela “fielmente” la razón jurídica que sustenta la decisión. El intérprete puede decidir cuál es la proposición jurídica relevante ajustándose a su propia ideología, con lo cual se corre el riesgo de desvirtuar el precedente. La tesis de Wambaugh, fundada en la existencia de una proposición jurídica “necesaria” *per se*, corre el riesgo de diluirse en la subjetividad.

Una segunda vía para establecer la *ratio decidendi* es la que Arthur Goodhart planteó en su reconocido artículo intitulado “Determining the Ratio Decidendi of a Case”.¹¹¹ La tesis central de Goodhart es que, para establecer cuál es la razón jurídica que gobierna el precedente, el intérprete debe identificar los hechos que el juzgador consideró relevantes para adoptar su decisión (*material facts test*). El método de Wambaugh se centra en las proposiciones jurídicas con valor de reglas, mientras que el de Goodhart se ocupa de los hechos en los que el juez centró su atención para tomar su decisión. En síntesis, para Goodhart el procedimiento a seguir en aras

him then inquire whether, if the court had conceived this new proposition to be good, and had had it in mind, the decision could have been the same. If the answer be affirmative, then, however excellent the original proposition may be, the case is not a precedent for that proposition, but if the answer be negative the case is a precedent for the original proposition and possibly for other propositions also. In short, when a case turns only on one point the proposition or doctrine of the case, the reason for the decision, the *ratio decidendi*, must be a general rule without which the case must have been decided otherwise.” Cf. CROSS, Rupert y HARRIS, J.W., *Op. Cit.*, p. 52.

¹¹¹ El artículo apareció en diciembre de 1930 en el volumen XL, número 2, de la *Yale Law Journal* y fue considerado por los lectores de Goodhart como su aportación más significativa a la ciencia jurídica.

de establecer la razón de la decisión es el siguiente: a) ha de centrarse la atención en los hechos del caso, no en las reglas invocadas en el precedente; b) ha de establecerse cuáles son los hechos que, en su decisión, el juez estimó relevantes para resolver el caso (*material facts*), tratando de hacer abstracción respecto de toda circunstancia accidental (tiempo, espacio, personas, etcétera, salvo que resulten claves para entender la decisión).

Ahora bien, puede opinarse que siempre es posible que exista incertidumbre respecto a cuáles son los hechos que el juzgador estimó relevantes para tomar su decisión. Asimismo, el que el órgano aplicador logre identificar los hechos relevantes en un precedente es algo distinto a conocer la regla que se desprende de la interpretación de tales hechos. Los hechos, por sí solos, no bastan para conocer la *ratio decidendi*. En otros términos, de la mera descripción de hechos no se infiere una regla o principio para la toma de decisiones (distinción entre la categoría del ser y la del deber ser). Debe recordarse que una decisión con valor de *precedente* reposa, precisamente, en que ella ha establecido un criterio para resolver casos futuros de la misma manera. Aún cuando la atención se centre en los “hechos relevantes” de un caso, cabe preguntarse sobre las razones que motivaron al juzgador a atribuirle dicho peso a tales hechos. Por tanto, la *ratio decidendi* parece ser algo más que la especificación de los hechos fundamentales que orientaron la decisión.

Los métodos propuestos por Wambaugh y Goodhart revelan al investigador dos vías para conocer la *ratio decidendi* que parecerían oponerse radicalmente entre sí. Por un lado, el criterio que define la razón de la decisión como una regla o principio contenido en una proposición jurídica “necesaria”. Por otro lado, trasluce el diverso criterio fundado en los hechos que el juzgador consideró relevantes para adoptarla. En realidad, ambos resultan complementarios. Los hechos constituyen la materia prima con la que se construye la decisión jurídica. Pero los hechos son calificados jurídicamente, esto es, no se trata de hechos “puros”, ya que el Derecho les atribuye un significado a partir de reglas y principios. La decisión que constituye el precedente concierne no solamente una descripción de ciertos hechos, sino su análisis a la luz de los conceptos jurídicos.¹¹² Optar por un método que preconice, exclusivamente, el ángulo fáctico o bien el lado normativo de la *ratio decidendi* sería insuficiente. En cualquier caso, desde el punto de vista discursivo el núcleo de la *ratio decidendi* del precedente es que constituye *un conjunto de razones jurídicas para la acción*.

Las dificultades para establecer la *ratio decidendi* revelan un hecho: la coexistencia de múltiples razones jurídicas en pugna. El operador jurídico debe proceder *como si hubiese siempre una razón jurídica con valor de precedente*. El objetivo de esta acción es que el precedente sirva

¹¹² Sobre este punto, estamos de acuerdo con Cross y Harris cuando manifiestan: “Decisions of questions of fact do not constitute a precedent, for every case is considered to be unique. In order to constitute a precedent, a decision must concern a point of law.” *Ibidem*, p. 169.

como fundamento argumentativo en la toma de decisiones.¹¹³ Las decisiones que se adopten pueden aplicar el precedente o rechazarlo, pero de cualquier manera siempre deberá justificarse argumentativamente la acción del tribunal. Ello nos recuerda las reglas sobre el uso de los precedentes expuestas por Robert Alexy, a saber: a) cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión, debe hacerse; b) quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.¹¹⁴

Ciertamente, la teoría jurídica no conoce un método seguro y definitivo para establecer la *ratio decidendi*. Pero tal hecho no le da la razón a los partidarios del irracionalismo. Nuestra incapacidad actual para encontrar la solución definitiva a un problema no impide que sigamos buscando métodos cada vez más aptos y fiables. Si se omite la identificación de la *ratio decidendi*, ¿cómo podría afirmarse que la decisión adoptada hoy es equivocada en relación a lo resuelto en el pasado? Como puede apreciarse, conocer la razón jurídica que motiva el precedente resulta capital para valorar su peso en la toma de decisiones futuras. Una forma de sopesar la autoridad del precedente reposa en los *principios* que lo orientan, cuestión a la que consagramos la siguiente sección.

C) LOS PRINCIPIOS DEL DISCURSO JURISPRUDENCIAL

En el año de 1966, la Cámara de los Lores del Reino Unido sorprendió al foro jurídico al publicar una declaración solemne denominada *Practice Statement*.¹¹⁵ El objetivo de dicha

¹¹³ “Not all decisions... (apunta Maccormick) are supported by clear and explicit rulings, though by the logic of formal justice there ought to be at least an implicit ruling in any justifying opinion...”

That could be an objection to my suggestion –but only if we adhere to the dogma that each precedent must have a single clear *ratio decidendi*. My reply is that such a dogma is mere fiction, and indeed mischievous fiction; it can prompt a converse fallacy, when former believers, discovering that some cases have no single articulable *ratio*, leap to the conclusion that none can have one. The fallacy is self evident.” MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 83.

¹¹⁴ Como lo recuerda Manuel Atienza, “... El uso del precedente se justifica, desde el punto de vista de la teoría del discurso, porque el campo de lo discursivamente posible no podría llenarse con decisiones cambiantes e incompatibles entre sí; el uso del precedente significa aplicar una norma y, en este sentido, es una extensión más del principio de universalidad. Por otro lado, la obligación de seguir el precedente no es absoluta... pero la carga de la argumentación la tiene quien se aparta del precedente...” ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho*, UNAM, México, 2003, p. 170.

¹¹⁵ Por su relevancia, transcribimos el contenido íntegro literal de dicha declaración en su versión original:

declaración fue comunicar su voluntad de apartarse de una de las prácticas más reconocidas en el derecho anglosajón: la observancia férrea del precedente. El respeto al precedente había constituido la regla constante desde fines del siglo XIX.¹¹⁶ Las razones que motivaban –y que todavía hoy motivan– el respeto al precedente siguen siendo, esencialmente, las mismas. Estas radican en la búsqueda de previsibilidad y coherencia en la toma de las decisiones jurídicas. Sin abandonar esta tesis, la Cámara de los Lores afirmó que, en algunos casos, resulta indispensable modificar el precedente, de modo que la seguridad jurídica ceda ante la justicia.¹¹⁷

La Cámara de los Lores reconoció que la observancia rigurosa del precedente puede ser una vía a la injusticia e incluso propiciar el incumplimiento de la ley en el caso de que se obedezcan precedentes equivocados. Por tanto, la Cámara acepta que, en algunos casos, es razonable apartarse del precedente sin esperar a que un acto legislativo lo prive de obligatoriedad. El *Practice Statement* revela cuál es el papel que desempeña el precedente en el sistema de fuentes

“Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.

Their Lordships nevertheless recognize that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.

In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.”

¹¹⁶ En la doctrina británica suelen invocarse los casos de *Beamish v. Beamish* (1861) y *London Tramways v. London County Council* (1898) como los antecedentes de consolidación del principio de *stare decisis*.

¹¹⁷ Al lector mexicano puede sorprenderle, de entrada, que un órgano legislativo como la Cámara de los Lores tenga atribuciones jurisdiccionales y, por tanto, pueda emitir precedentes obligatorios. En efecto, durante siglos la Cámara de los Lores ejerció ordinariamente tanto facultades legislativas como jurisdiccionales. Dicha Cámara constituyó, hasta octubre de 2009, la última instancia judicial en el Reino Unido. Ejerció jurisdicción tanto en materia de apelaciones civiles como penales, siempre que existiese controversia acerca de la interpretación de una norma general. Las decisiones eran adoptadas por los doce *Law Lords*, designándose *opinions*. Ahora bien, es importante resaltar que, por virtud de la reforma judicial del año de 2005, se estableció una Corte Suprema separada de la Cámara de los Lores. Los *Law Lords* que ejercían las atribuciones jurisdiccionales en la Cámara de los Lores pasaron a formar parte de la recién creada Corte Suprema como Magistrados (*Justices*). En suma, con tal reforma culminó el papel señero e influyente que, durante siglos, supo dignamente ejercer la Cámara de los Lores como la última instancia judicial del país.

al mismo tiempo que intenta conciliar dos objetivos: el que persigue el uso estable del precedente (*stare decisis*) y el que plantea su abandono en ciertos casos (*over-ruling*). Así como el Derecho persigue la seguridad en medio del cambio, también el precedente está sometido a dos fuerzas que tiran en direcciones opuestas, una dirigida a la mayor previsibilidad posible, otra encaminada a la adaptación del precedente a las circunstancias imperantes en una época determinada. Aún cuando el precedente es abandonado, el juez debe justificar su acción. Si el precedente no gozara de autoridad, entonces no podría entenderse por qué se impone al juez el deber de justificar por qué se aparta de él. En términos argumentativos, siempre que exista un precedente que pueda ser utilizado en un caso, el hablante deberá invocarlo. Pero también existe la posibilidad de que el sujeto discursivo abandone el precedente, teniendo la carga de argumentar su decisión. Puede afirmarse que si bien el precedente no obliga absolutamente (ya que siempre existirá la posibilidad de apartarse de él), tampoco puede ignorarse del todo. En cualquier caso, el precedente posee cierta fuerza obligatoria, la cual revela el principio de *stare decisis*, al cual dedicamos las siguientes líneas.

1. El principio de *stare decisis*

Pocos años antes de la publicación del *Practice Statement*, Gerald Dworkin, un especialista inglés, reiteraba en un artículo la doctrina vigente en el ámbito anglosajón: “Una decisión de la Cámara de los Lores sobre una cuestión de derecho es definitiva y obliga a la Cámara en casos subsecuentes. Una decisión equivocada sólo puede ser corregida por una ley del Parlamento. Para el estudiante del sistema legal inglés ninguna otra regla es más relevante que ésta...”¹¹⁸. Esta descripción resulta suficientemente clara para explicar el alcance del *principio de stare decisis*. Conforme a este principio, fundamental para la comprensión del precedente, *el juez está obligado a resolver el caso presente empleando el mismo principio, regla o criterio de la decisión aducido en un caso precedente siempre que, entre ambos, se advierta una relación de semejanza relevante*. La relación de semejanza puede predicarse respecto de los hechos y de las normas planteados en ambos casos.

Más precisamente, el principio de *stare decisis* describe el deber a cargo del juez de la causa de aplicar la *ratio decidendi* de un caso precedente a uno nuevo siempre que exista una relación de semejanza relevante entre ellos (o, en otros términos, en la ausencia de circunstancias que permitan distinguir, claramente, un caso de otro, lo cual debería justificarse). La cuestión que adviene inmediatamente al respecto del principio de *stare decisis* es la de explicar cuál es el origen o fundamento de la obligación de obedecer al precedente. Dicho fundamento puede

¹¹⁸ En el original: “A decision of the House of Lords upon a question of law is conclusive and binds the House in subsequent cases. An erroneous decision can be set right only by an Act of Parliament. To the student of the English legal system no rule appeared to be more fundamental...” Cf. DWORIN, Gerald, “*Stare decisis* in the House of Lords”, en: *The Modern Law Review*, volume 25, número 2, marzo de 1962, p. 163.

presentarse desde el punto de vista de la racionalidad argumentativa, tal y como lo formula Perelman al exponer el principio de inercia. En sus términos:

La inercia permite contar con lo normal, lo habitual, lo real, lo actual y valorizarlo, ya se trate de una situación existente, de una opinión admitida o de un estado de desarrollo continuo y regular. El cambio, por el contrario, debe justificarse; una decisión, una vez tomada, sólo puede modificarse por razones suficientes. (PERELMAN, 1989: 178)

En el principio de *stare decisis* observamos una fuerza inercial que compele al órgano jurisdiccional a decidir los casos actuales a la luz de las decisiones precedentes. El fundamento de la obligación de seguir lo decidido en el pasado reposa, medularmente, en el principio de que los casos “iguales” deben ser tratados del mismo modo. Advirtamos, sin embargo, que la igualdad absoluta entre dos casos es imposible. Empero, una manera de realizar la justicia en el acto de la decisión jurídica consiste en apegarse a las razones jurídicas que sirvieron de fundamento en el pasado, siempre que exista una conexión clara entre los casos que se comparan.

Desde el punto de vista del discurso, los interlocutores suelen comenzar la discusión a partir de ciertos tópicos más o menos determinados. Si en cada debate los sujetos del discurso tuvieran que redefinir los criterios que sustentan el intercambio discursivo, resultaría difícil alcanzar una solución consensuada. En el Derecho, los operadores jurídicos no reinventan todo el tiempo y en cada caso los criterios básicos que caracterizan las prácticas jurídicas. De hecho, la discrecionalidad judicial tiene un límite: las fuentes del derecho positivo. Así, no se discute que en todo Estado de Derecho resulta esencial el principio de legalidad que impone a toda autoridad fundar y motivar sus actos. Desde el punto de vista de la argumentación jurídica, no se discute que toda decisión jurídica debe apoyarse en una premisa universal (principio o regla). Por tanto, en el Derecho, y más concretamente en el campo del DJ, los interlocutores parten de la afirmación de ciertos acuerdos básicos. Cuando dichos criterios se mantienen estables a lo largo del tiempo, se favorece la toma simplificada de decisiones. El principio de *stare decisis* responde, en este sentido, a una cierta fuerza inercial. Al fundarse el juez en las decisiones precedentes, facilita el trabajo jurisdiccional. Efectivamente, siempre resultará más simple apegarse a las decisiones adoptadas en el pasado que reconsiderar las razones jurídicas en juego cada vez que se presente un nuevo caso. A su vez, la existencia de criterios definidos para la toma de decisiones informa a los litigantes sobre las expectativas de sus demandas. Es posible que un litigante, advertido de la existencia de un criterio jurisdiccional contrario a sus pretensiones, decida desistirse de su demanda. Además de la mayor previsibilidad en la solución de los conflictos futuros, debe acentuarse que el principio de *stare decisis* desarrolla una función institucional. En efecto, al reconocerse en la práctica su fuerza obligatoria, se imprime coherencia a la decisión judicial y, por extensión, se observa al Derecho como un sistema unificado de razones para la acción.

En términos formales, el deber de respetar el precedente no se cuestiona si la *ratio decidendi* que lo informa es justa o injusta, moral o inmoral. Simplemente dispone que, en todas las circunstancias en las que exista semejanza relevante entre el precedente y el nuevo caso, deberá siempre atenderse a la regla o principio establecido en dicho precedente. Debe resaltarse que el deber de seguir el precedente reposa sobre una cierta concepción de la igualdad de tratamiento. Aunque la pretensión de tratar del mismo modo todos los casos que guarden un nexo relevante con el precedente parece no tener conexión alguna con la argumentación moral, sostenemos aquí que la premisa última en la que se sostiene tal pretensión es, medularmente, moral.

En efecto, la obligación de respeto al precedente parte de la creencia de que es bueno, justo o correcto justificar las decisiones presentes con apoyo en las decisiones tomadas en el pasado cuando exista una relación de semejanza relevante entre ambas. El fundamento primario de esta creencia es moral y, si bien puede estar reconocida normativamente por el Derecho, lo cierto es que no requiere serlo para que sea captada por los jueces como obligatoria. Resultaría arbitrario, por tanto, apartarse de lo decidido (de lo precedente) cuando, habiendo una clara relación de semejanza entre casos, el juez no justifique por qué lo hace. Pero también podría resultar ineficiente, ya que el juez que decide “reinventar” el Derecho en cada decisión corre el riesgo no sólo de equivocarse, sino de invertir recursos intelectuales innecesariamente, cuando bien pudiera servirse de la experiencia acumulada por la judicatura. Por tanto, el juez no debe actuar como si fuese un sujeto discursivo aislado. Es claro que el juzgador no contribuye solitariamente a la construcción del DJUR. Forma parte de una cadena de intérpretes quienes, como lo sugirió Ronald Dworkin, van imprimiéndole sentido al Derecho cual si fuesen autores de una novela colectiva.¹¹⁹

¹¹⁹ Al respecto de la idea de la interpretación jurídica inspirada en la interpretación literaria, expone Dworkin: “Quiero utilizar la interpretación literaria como modelo para el método fundamental de hacer análisis jurídico, lo que me obliga a mostrar cómo esta diferencia entre artista y crítico puede desvanecerse bajo ciertas circunstancias. Imaginemos un grupo de novelistas que ha sido llamado a realizar un proyecto y que éstos se sortean el orden en el que van a intervenir. Quien saque el número menor escribe el primer capítulo de una novela, cuyo autor en seguida enviará al siguiente para que éste escriba un segundo capítulo en el entendimiento de que estará agregando un capítulo a esa novela y no empezando una nueva y así sucesivamente. Así las cosas, todos los novelistas excepto el primero tienen la doble responsabilidad de interpretar y crear porque cada uno de ellos debe leer todo lo que se ha elaborado con anterioridad para así establecer, en el sentido interpretativo, en qué consiste la novela hasta ese momento creada... Debe tratarse de una interpretación de un tipo que no esté atada a la intencionalidad porque, por lo menos para todos los novelistas después del segundo, ya no existe un único autor cuyas intenciones pueda intérprete alguno considerar decisivas porque así lo establecen las reglas del juego.

...

Decidir en derecho casos difíciles se parece un poco a este extraño caso literario. El parecido resulta mucho más evidente cuando un juez pondera y se pronuncia en casos relativos al derecho consuetudinario, es decir, cuando ninguna norma escrita juega un papel importante en el asunto jurídico y la discusión gira en torno a qué principios o normas jurídicas “subyacen” o

El juez que omite aplicar el precedente sin razón podría ser sometido a la crítica –aunque difícilmente, en México, se le sancionaría-, arriesgándose a ver revocada su decisión por haber sido adoptada *per incuriam*. Antes de que se difundiera la declaración de la Cámara de los Lores nadie discutía la autoridad de los precedentes sustentada en el principio de *stare decisis*. ¿Acaso la *Practice Statement* superó dicho principio consagrado en el siglo XIX? ¹²⁰ Al contrario de lo que pudiera creerse, la declaración de la Cámara *reitera* el peso de dicho principio, pero reconoce que en ocasiones puede oponerse como razón para sustentar decisiones erróneas e injustas. La fuerza normativa de un principio como el de *stare decisis* no debe ser tal que perpetúe la existencia de precedentes equivocados y contribuya a defraudar los objetivos perseguidos por la ley. Las malas decisiones del pasado no deberían encadenarnos. ¹²¹

“están detrás” de las decisiones tomadas por otros jueces en el pasado. En ese caso, cada juez es como uno de los novelistas en la cadena... Cualquier juez obligado a pronunciarse en un pleito encontrará, si busca bien, los registros de muchísimos casos relativamente parecidos y sobre los que se ha pasado sentencia a través de décadas y a veces hasta centurias por parte de otros jueces con estilos y filosofías políticas distintas... Cada juez debe verse a sí mismo, al sentenciar un nuevo caso, como un eslabón en la compleja cadena de una empresa en la que todas aquellas innumerables sentencias... son la historia. Su responsabilidad es continuar esa historia hacia el futuro gracias a su labor hoy. “Debe” interpretar lo que ha venido ocurriendo porque tiene la responsabilidad de hacer progresar esa empresa que tiene entre manos antes que tomar de golpe por su propio camino. De manera que debe establecer, en acuerdo a su propio juicio, hasta dónde habían llegado las decisiones previas, cuál era el asunto primordial o tema de la práctica hasta ese punto y todo esto tomado como un conjunto integral.” Véase: DWORKIN, Ronald, “Cómo el Derecho se parece a la literatura”, en: *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, estudio preliminar de César Rodríguez, traducción de Juan Manuel Pombo Abondano, Bogotá, Siglo del Hombre editores/Universidad de los Andes, 2002, pp. 165-167.

¹²⁰ Neil Duxbury aclara que la formación de la doctrina en torno al *stare decisis* así como su integración institucional son de cuño reciente en el ámbito del *common law*. Sus antecedentes se remontan al siglo XVI en el Reino Unido, cuando comienzan a compilarse los alegatos jurídicos de las partes en los procesos: “... Parties began to settle pleadings in advance of the hearing, thus leaving arguments concerning the sufficiency of those pleadings to be addressed post-verdict. Judges began more regularly to produce reasoned decisions rather than merely steer parties towards agreement on what should be pleaded. Case-law began increasingly to take the form of what we nowadays recognize to be judicial precedent. Law reports counted for much. The first and crucial stage was that judgements came to be supported by reasons...” Añade más adelante: “... The doctrine evolved... primarily because the shift to post-verdict arguments made reasoned judgments more visible and significant, and because gradual improvements in law reporting... ensured that, in general, such judgements were carefully documented and the key points of reasoning easily identifiable.” DUXBURY, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 25; 56-57.

¹²¹ En palabras de la Corte Constitucional colombiana: “El respeto al precedente es... esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser

Muchas plumas reconocidas escribieron en torno a los alcances de la decisión de la Cámara de los Lores. Algunos opinaron que la Cámara no tenía competencia constitucional para variar su obligación de acatar los precedentes (la cual había reconocido con anterioridad) e insistieron en que sólo el Parlamento podía introducir una nueva práctica. Rupert Cross replicó afirmando que los tribunales pueden establecer reglas acerca de cómo generar precedentes obligatorios y cuándo apartarse de ellos, esto es, reglas en torno a sus propias prácticas. Precisó que dichas reglas no deben confundirse con los resultados institucionales que produce la práctica del precedente.¹²²

Otros autores juzgaron que la decisión de la Cámara era “claramente” contradictoria: o bien se acepta que el enunciado correcto es el que ordena acatar los precedentes (y, por ende, se siguen invariablemente), o bien se reconoce que no existe tal deber (y, entonces, los jueces pueden variar sus decisiones con la máxima discrecionalidad). No pueden existir excepciones. Para tales críticos, la decisión de la Cámara es una simple instancia de la paradoja del “mentiroso de Creta”.¹²³ Sin embargo, el Derecho es capaz no sólo de establecer principios como el de *stare decisis*, sino también principios que corrijan los efectos nocivos que suscita el deber ineludible de respetar el precedente. El que en tales casos deba ceder el principio de *stare decisis* frente a

sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares... Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica –que implica unos jueces respetuosos de los precedentes– y la realización de la justicia material del caso concreto –que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas–.” Sentencia SU 047-99, fundamento jurídico 44.

¹²² Según Neil Duxbury, la tesis de Rupert Cross es correcta en el sentido de que los tribunales superiores tienen normalmente el poder de establecer reglas sobre el modo en que ha de encaminarse el procedimiento seguido ante ellos, pero tal poder no entraña, también, el de modificar las reglas concernientes a la fuerza obligatoria de los precedentes. Si bien las motivaciones perseguidas por la Cámara de los Lores para introducir su *Practice Statement* son razonables, ellas no pueden justificar que dicha Cámara actuó, probablemente, sin contar con atribuciones constitucionales claras. *Cfr.* DUXBURY, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 133 y ss.

¹²³ En la historia de la filosofía se conoce a este problema como el de la paradoja del Epimenides o “paradoja del mentiroso”, quien era cretense y afirmaba: “Todos los cretenses son mentirosos”. Si quien así lo afirma es él mismo un cretense, ¿cómo creer en la verdad de lo que afirma? Suele advertirse, por tanto, la existencia de una inconsistencia lógica en la aseveración de Epimenides.

una cierta corrección en aras de una idea de justicia no significa que desaparezca la obligación de respetar, en general, los precedentes. Un principio que cede ante otro en un caso dado no pierde, por tal hecho, su fuerza en el plano abstracto. Sigue valiendo en todas las demás circunstancias puesto que su obligatoriedad es *prima facie*. Por otra parte, debe resaltarse que cuando los jueces se apartan abiertamente de un precedente que estiman equivocado su objetivo es afirmar la fuerza del Derecho, no así minarla. En el fondo, lo que se persigue es que el Derecho siga contribuyendo a la toma de decisiones racionalmente justificadas y es ahí donde el DJUR sirve a dicha función. Por tanto, el *Practice Statement* reveló que el principio de *stare decisis* no es definitivo en todos los casos. Si bien la certeza y la previsibilidad son sus dos aspiraciones fundamentales, no son las únicas que sirven a configurar nuestra idea sobre lo que es el Derecho. A su lado camina una cierta concepción de la justicia, la cual se ajusta a las circunstancias que caracterizan cada decisión. Entraña lo que hemos denominado el elemento material del DJ.

En cualquier caso, el hecho es que aún a pesar de la difusión de la *Practice Statement*, la Cámara de los Lores ha variado escasamente sus precedentes. Ello entraña que, en los hechos, persiste la práctica de obedecer los precedentes siempre que se presente un nuevo caso que guarde una relación de semejanza relevante con uno anterior. No debe perderse de vista que los Lores admitieron en dicha declaración que los precedentes deberían seguir siendo tratados como “normalmente obligatorios”; que existían campos en los que debería cuidarse introducir cambios con efectos retroactivos (como el derecho de los contratos, el derecho penal o fiscal) y que, finalmente, la declaración se constreñía a la Cámara. Cuando la Corte de Apelaciones inglesa varió algunos de sus precedentes, la Cámara de los Lores revocó varias de sus decisiones reiterándole que la *Practice Statement* se restringía a dicha Cámara.

A la pregunta sobre cuál sea el fundamento último de la obligación de seguir el precedente hemos respondido aquí que, en el fondo, lo es de naturaleza moral. Sin embargo, podría esgrimirse un argumento diverso. En efecto, podría señalarse que tal deber deriva, simplemente, de la posición institucional que ocupa el juez en la jerarquía judicial. Esta suele ser la tesis prevaleciente. Efectivamente, si el precedente tiene su fuente en un tribunal ubicado en la cúspide de la jerarquía judicial, los jueces inferiores deberán ajustar sus decisiones a lo ordenado en el pasado por dicho tribunal.¹²⁴ En la modernidad, el arreglo institucional del Poder Judicial contribuye a realizar en los hechos esta forma de practicar el principio de *stare decisis*. Otro

¹²⁴ La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resaltado que si bien los precedentes no son formalmente obligatorios, por no disponerlos así la Ley de Amparo, sí lo son en términos de la posición institucional que ocupe el tribunal que los emita. Así, se afirma que el precedente emanado de dicho Alto Tribunal “... aun cuando no haya formado jurisprudencia, debe ser tomado en consideración por las autoridades del país, no porque legalmente les sea obligatorio, sino por constituir una opinión sobre la interpretación o aplicación de la ley, opinión que merece respetabilidad, dada la autoridad del órgano de que proviene.” Esta tesis fue generada en la Sexta Época de la jurisprudencia federal al resolver el amparo directo número 8511/65, registrándose bajo el rubro “PRECEDENTES DE LA SUPREMA CORTE, RESPETABILIDAD DE LOS”. Véase el Semanario Judicial de la Federación, Segunda Parte, tomo CV, página 83.

fundamento para justificar la obligación descrita podría reposar en la existencia de una disposición en el sistema jurídico que impusiera expresamente a los jueces el deber de seguir el precedente (o la jurisprudencia). Este es el caso mexicano, si bien resulta ser excepcional y, por tanto, no puede generalizarse. En la ausencia de una regla formalmente establecida que así lo disponga, creemos que el núcleo de justificación de la obligación de seguir el precedente subyace en otros principios que se complementan entre sí: el *principio de justicia formal* y el *principio de justicia material*.

2. Los principios de justicia formal y de justicia material

El principio de justicia formal está relacionado con un modelo deontológico del precedente. En otros términos, conforme a tal modelo, éste debe ser seguido porque se tiene la creencia de que fallar siempre en el mismo sentido –cuando se presentan circunstancias comparativamente equivalentes- es, en sí mismo, una acción correcta. El principio se enuncia así: *es (formalmente) justo que todos los casos que guarden una relación de semejanza relevante entre sí sean resueltos siempre del mismo modo*. Como ha puesto de manifiesto Neil MacCormick, el deber de seguir el precedente posee una doble faz: la que mira hacia el pasado (*backward-looking*) y la que contempla el futuro (*forward-looking*). En efecto, conforme al principio de justicia formal “... debo decidir los casos presentes sobre los fundamentos que desearía adoptar en la decisión de casos futuros similares, así como también implica que debo considerar hoy las decisiones adoptadas en el pasado en casos similares. Ambas... son implicaciones de adhesión al principio de justicia formal; quien quiera que acepte que los jueces deben adherirse al principio de justicia formal ha de aceptar ambas implicaciones.” (MACCORMICK, 2003: 75)

Ahora bien, conforme a MacCormick, cuando el precedente consagrado se opone a la concepción actual de justicia percibida por una sociedad, el precedente debe ser modificado o incluso superado. Así, el deber de consistencia con las decisiones pasadas no es absoluto, ya que podría erigirse en contra de la propia razón y de la justicia.¹²⁵ Sin embargo, debe resaltarse que

¹²⁵ En la exposición de motivos del Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908 -una de las fuentes legislativas históricas que reconoció la obligatoriedad de la jurisprudencia en México-, se tenía claro que la obligatoriedad de la jurisprudencia no debía entenderse como un freno absoluto al cambio de criterios. Vale la pena invocar aquí algunos párrafos en donde se desarrolla esta tesis, válidos todavía hoy (se mantiene la acentuación original):

“... la jurisprudencia... siempre estará fundada en la autoridad que le presta la razón, y como ésta es por su naturaleza progresiva, aquélla tiene que serlo por extensión.

Constreñir á la Corte, obligarla de alguna manera absoluta á los precedentes de sus resoluciones sería tanto como imponerle un dogma á manera de los que sustentan las religiones; sería establecer, como éstas, verdades absolutas, y dar á la jurisprudencia, aunque resultare errónea, una inmutabilidad que ni las leyes ni institución alguna pueden tener.

el abandono o superación de un precedente no diluye la fuerza de los principios de *stare decisis* y justicia formal. Al contrario, reforzaría su carácter perentorio añadiéndole un elemento sustancial que contribuye a explicar su obligatoriedad. En términos amplios, dicho elemento sustancial o material puede formularse, en nuestro concepto, así: las decisiones jurídicas denominadas “precedentes” son susceptibles de obligar en función de que cumplan con una *pretensión de corrección o adecuación moral del Derecho*. Se trata no solamente de adecuar el precedente a las transformaciones tecnológicas sino, sobre todo, al sistema de valores vigente en una sociedad.

Decimos que se trata de un principio de justicia *formal* ya que prescinde del contenido de la decisión o, más concretamente, de cualquier evaluación moral de la *ratio decidendi* del precedente. Lo que interesa aquí es establecer si entre dos casos, el que funge como precedente y uno posterior, se presentan circunstancias comparables (tanto de hecho como de derecho) que permitan establecer si ha de aplicarse o no el criterio aducido en el precedente. Por tanto, se cumple estrictamente con el principio de justicia formal cuando, constatada la analogía relevante de relaciones entre dos casos, se concluye que debe aplicarse la misma razón jurídica en ambos.

Puesto que dicho principio es *formal*, puede ocurrir que la decisión adoptada tanto en el precedente como en casos subsecuentes sea juzgada incorrecta, inmoral, injusta o simplemente equivocada. Estas características son ajenas al principio en sí, el cual se centra en la igualdad de tratamiento entre dos o más casos. Es evidente que el principio de justicia formal contribuye a explicar el principio de *stare decisis*. Sin embargo, como hemos advertido anteriormente, la obligación de conformarse a las decisiones precedentes puede justificarse, también, en razón de la jerarquía del tribunal que emitió el precedente o incluso con fundamento en una disposición que le confiera obligatoriedad normativa expresa a los precedentes (como en México). Estas dos maneras de explicar la obligatoriedad de los precedentes son, también, la expresión de una racionalidad puramente formal y pueden figurar en un sistema jurídico como razones que explican cómo y porqué constriñen los precedentes. Su existencia demostraría que una doctrina del precedente puede ser pensada únicamente con apelación a la obligación, normativamente instituida, de obedecer la jurisprudencia, o bien en función del modo en que el Poder Judicial está organizado institucionalmente.

No podemos soslayar aquí, por su importancia, el peso que posee el principio de *universalidad* y sus relaciones con una teoría sobre el DJUR. Siguiendo a Lara Chagoyán (2007), el principio de universalidad (o universalización) tiene su fuente en la filosofía kantiana, notablemente en el imperativo categórico que reza: “Obra según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo

Sí es racional estatuir que cuando la Corte cambie su jurisprudencia, haga constar las nuevas razones que tuviere y que contraríen precisamente aquellas que le sirvieron cuando fijó la que trate de cambiar.” Citado en: CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del Poder Judicial de la Federación”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XXVIII, número 83, mayo-agosto de 1995.

que se torne ley universal”. Trasladado al campo de la argumentación jurídica, el principio se traduce así: “Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría a sí mismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes.”¹²⁶ Efectivamente, en palabras de MacCormick, “... el principio de justicia formal requiere que la justificación de las decisiones en los casos concretos se funde siempre en proposiciones universales a las cuales el juez está dispuesto a adherirse como base para pronunciarse sobre otros casos similares y resolverlos del mismo modo que el actual.” (MACCORMIK, 2003: 83)

Según Lara Chagoyán, la obligación de consistencia que plantea el principio de universalidad a los jueces guarda relación estrecha con el deber de observar los precedentes judiciales. “El principio de universalidad constituye... una guía de conducta en dos sentidos: en estricto [sentido], se trata de una extensión del principio kantiano antes señalado, en tanto se trata de una razón práctica, es decir referida con el deber ser. En sentido amplio, se trata también de una guía de conducta, pero en el sentido metodológico del término.” (LARA, 2007: 230). En efecto, el principio expresa una guía de la razón práctica jurídica, ya que el juzgador debe ser siempre consistente en sus decisiones, lo que proporciona una garantía de seguridad y previsibilidad. Pero también comprende una guía metodológica por cuanto, en el momento de aplicar el derecho, el juzgador ha de verificar qué se ha decidido en el pasado, de modo que su decisión actual guarde congruencia con los precedentes. El principio de universalidad rige, notablemente, en la motivación de la decisión judicial. Así, “... Cuando un juez resuelve un caso con una determinada solución y hace lo propio con otros casos que pueden ubicarse en la misma clase que el primero, estará fortaleciendo la motivación de su resolución y, con ello, estará actuando en cumplimiento del principio de universalidad. No se puede hablar de una buena motivación sin la satisfacción del requisito de universalidad.” (*Ibidem*: 231)

El principio de universalidad guarda una relación próxima con el principio de justicia formal ya que, en ambos casos, se parte de la tesis de la razonabilidad de la igualdad de tratamiento, sea que se trate de casos judiciales, sea que se hable de significados, juicios de valor o normas. Como en el caso del principio de justicia formal, el principio de universalidad no toma partido por alguna concepción moral predeterminada. Es decir, no nos informa acerca de cuál deba ser el significado *a priori* de una palabra, el predicado de una proposición jurídica, la *ratio decidendi* de un precedente o la única respuesta “correcta” en una decisión judicial. Al principio de universalidad se le puede dirigir el mismo reproche que al de justicia formal. En efecto, puede ocurrir que la férrea aplicación de ambos tenga por consecuencia la adopción de decisiones injustas. En estos casos, resulta indispensable contar con otro principio que “corrija” a los primeros. A este principio lo podemos enunciar *principio de justicia material* (desarrollado más adelante).

¹²⁶ En el capítulo primero dedicamos una sección a la presentación y estudio de los principios del discurso en general.

En ocasiones los jueces generan precedentes contradictorios que parecen quebrantar sistemáticamente tanto el ideal perseguido por la justicia formal como por la universalidad. Para ilustrarlo, es oportuno traer a colación aquí uno de los casos examinados en el capítulo tercero. En efecto, a la luz de la interpretación de la fracción XIII del apartado B) del artículo 123 constitucional, cómo la Sala Superior del TCADF adujo criterios divergentes para decidir qué hacer en lo tocante a la reinstalación de policías que hubiesen sido destituidos *antes* de la reforma que dicho precepto tuvo en el año de dos mil ocho. Apoyados en el análisis de varios precedentes emitidos entre el verano de dos mil ocho y el verano de dos mil nueve, observamos la existencia de sentencias contradictorias e incluso contrarias a la prohibición expresa de reinstalar a los policías destituidos.

En el periodo examinado pudimos demostrar que la Sala Superior construyó un criterio que, en algunos casos, permitiría ordenar la reinstalación de policías a pesar de la prohibición constitucional expresa. Este criterio lo identificamos como el consistente en ponderar la gravedad de la conducta imputada al policía. Aunque la Sala Superior no lo hace expreso en ninguna de las sentencias analizadas, lo cierto es que se sirve de él para fundar sus decisiones. A lo largo de los meses, se establecen las siguientes *rationes decidendi*: a) cuando la baja provenga de un procedimiento iniciado por autoridad incompetente o bien por una autoridad que ejerció sus facultades cuando éstas se encontraban prescritas, todo lo actuado deberá ser declarado nulo lisa y llanamente, por lo que se impondrá la reinstalación sin importar cuál fue la conducta por la cual se sancionó al policía con la destitución; b) aún cuando la baja sea el fruto de un procedimiento viciado (por incompetencia de la autoridad o por la prescripción de facultades), no procederá la reinstalación si el Tribunal constata, a la luz de las pruebas, que el expolicía cometió una falta grave. Así, la Sala Superior introduce distinciones que juzga relevantes ahí donde el texto constitucional no prevé ninguna, considerando que prohíbe tajantemente la reinstalación de cualquier policía destituido, aún cuando demuestre que la baja fue injustificada. A la postre, esta sería la tesis predominante, confirmada por la SCJN.

El principio de justicia formal admite algunas objeciones conocidas que pueden afectar su aplicación. La más evidente es la que consiste en preguntarnos bajo qué método podemos conocer si dos casos presentan (o no) semejanzas relevantes. Afirmar meramente que dos casos similares deben ser fallados del mismo modo no expone cuáles son los criterios que pueden emplearse para establecer la relación de igualdad. Por tanto, para evitar caer en una mera afirmación tautológica, el operador jurídico debería establecer claramente el procedimiento seguido para determinar la semejanza de relaciones. Hallar tal procedimiento constituye una tarea que se enfrenta, de entrada, al hecho de que las cosas del mundo no son exactamente iguales en todos sus aspectos. En muchas ocasiones, dos o más objetos sometidos a una comparación resultarán “incomensurables”. A pesar de ello, el Derecho deberá proveer una respuesta clara que se sustente en una premisa universal. Si el Derecho falla en alcanzar dicho objetivo, el conflicto de intereses no se resolverá y podría cederse el paso a decisiones arbitrarias. En otros términos, el discurso jurídico (y no sólo el jurisprudencial) sería ejemplo de un fracaso en la comunicación humana.

Por otra parte, no olvidemos que existirán siempre casos en los que el principio de justicia formal no deba ser aplicado, so pena de incurrir en un acto de injusticia. Es claro que un juez puede ser consistente en sus decisiones a lo largo del tiempo al fallar siempre del mismo modo en casos análogos. Pero tal consistencia no prueba que, al mismo tiempo, dicho juez sea razonable en cada decisión, que logre justificar apropiadamente sus fallos y, más aún, que éstos sean conformes a un ideal de justicia. Como apunta Duxbury, un juez (o cualquier persona) puede ser dramáticamente consistente tanto en lo correcto como en lo incorrecto.¹²⁷ Conscientes de este fenómeno, los miembros de la Cámara de los Lores reconocieron, en 1966, que existían casos en los que cabía, razonablemente, apartarse de la obligación de seguir el precedente.

3. El principio de relevancia

Uno de los problemas a los que se enfrenta comúnmente el DJUR –y, en general, el discurso jurídico también– consiste en establecer qué es lo relevante a la luz del Derecho. Si cualquier tópico puede formar parte de la discusión, el Derecho no podría distinguirse fácilmente de otros campos discursivos. Es por ello que estimamos capital ocuparnos de otro principio al que proponemos denominar *principio de relevancia*. Al presentarlo aquí estamos conscientes que, de algún modo, ha sido intuido ya por la doctrina especializada en el precedente. Sin embargo, no se le ha designado con tal nombre, ni tampoco ha merecido una elaboración sistemática. A continuación, describimos algunos de los ámbitos en los que se desenvuelve el principio.

En el capítulo primero, al ocuparnos de los principios que rigen al discurso en general, examinamos el principio de relevancia o de pertinencia expuesto por Sperber y Wilson.¹²⁸ Interesados en explicar la manera a través de la cual los humanos comunican entre sí, dichos autores sostuvieron que todo oyente emplea criterios para evaluar las posibles interpretaciones de los conceptos. Los oyentes emplean dichos criterios para “filtrar” la información que reciben y, en consecuencia, excluir todas las interpretaciones no relevantes salvo una, la cual es finalmente aceptada. En este sentido, la comunicación humana prospera gracias a dos elementos claves: por una parte, la existencia de códigos lingüísticos compartidos por el emisor y el receptor; por otra parte, con base en una cadena de inferencias desatada por el acto de comunicación, donde el destinatario de un mensaje le imprime un sentido atendiendo a ciertos criterios interpretativos. Una de las tesis mayores de Sperber y Wilson consiste en afirmar que el destinatario del mensaje

¹²⁷ Un ejemplo de ello lo proporcionan los hechos narrados en la película *Presunto Culpable*, difundida en México en el año 2011. Al preguntársele al Agente del Ministerio Público acusador cuáles eran sus razones para sustentar la culpabilidad del joven José Antonio Zúñiga (procesado por homicidio calificado), éste respondió: “Porque mi trabajo es acusar”. En ocasiones como ésta, la apelación auto-referencial a lo que se ha hecho en el pasado puede resultar profundamente dramática.

¹²⁸ El núcleo de la teoría de dichos autores al respecto del tema se expone en su obra *La relevancia. Comunicación y procesos cognitivos* (editada en español por la editorial Visor, Madrid, 1994).

tenderá a privilegiar la interpretación que menos esfuerzos de procesamiento le produzca. Para lograrlo, el mensaje deberá incluir información que no sea totalmente novedosa, de modo que el oyente sea incapaz de interpretarla, ni tampoco redundante.¹²⁹ En efecto, como advierten Alcaraz Varó y Martínez Linares,

El modelo que proponen Sperber y Wilson aspira a identificar los mecanismos subyacentes, arraigados en la psicología humana, que explican cómo los humanos se comunican unos con otros... Este propósito inicial se articula en cuatro premisas fundamentales...: 1) Cada enunciado posee una variedad de posibles interpretaciones; 2) el oyente no recibe todas estas interpretaciones posibles de la misma forma, sino que algunas requieren más esfuerzo de procesamiento que otras; 3) los oyentes están dotados de un único criterio general para evaluar las interpretaciones; y 4) este criterio es suficientemente poderoso como para excluir todas las interpretaciones excepto una, que es la que finalmente se acepta.

...Sperber y Wilson ponen de relieve la capacidad del emisor para llamar la atención del destinatario sobre su intención de proporcionarle una información por medio de lo que se llama actividad ostensiva. A la vez, se pone un énfasis paralelo en la actividad inferencial del destinatario para dar sentido a la actividad comunicativa del emisor. No en vano, los mensajes a menudo comunican una información diferente de la que se puede extraer literalmente de las palabras que se pronuncian. En este sentido, la inferencia llena el vacío que existe entre la representación semántica del enunciado y lo que de hecho comunica dicho enunciado... Los autores opinan que hay una relación directa entre la confianza que posee el hablante en sus hipótesis interpretativas y la probabilidad de que éstas resulten ser correctas. Dichas hipótesis se forman a partir de cuatro fuentes principales: a) mecanismos de percepción; b) descodificación lingüística; c) esquemas mentales almacenados en la mente del individuo; y d) deducción.

...

La recompensa que obtiene el destinatario en su esfuerzo cognitivo se genera en forma de *efectos contextuales*, y la relevancia final del estímulo dependerá del equilibrio entre la producción de dichos efectos y el *esfuerzo de procesamiento* exigido... la definición de 'relevancia' que proponen Sperber y Wilson... está formulada en dos condiciones complementarias: a) Una suposición es relevante en un contexto siempre que el número de efectos contextuales sea alto. B) Una suposición es relevante en un contexto siempre que el

¹²⁹ Precisan Calsamiglia y Tusón: "... un enunciado no será relevante si incluye información tan nueva que no se tienen datos que permitan interpretarla o si incluye información conocida y no aporta nada, dado el contexto en que se produce. Esta manera de entender el funcionamiento de la mente humana permite explicar gran parte de los malentendidos y de las incomprendiones recurriendo a un error de cálculo entre lo que supone quien habla que sabe quien le escucha y lo que realmente sabe quien le escucha..." Cfr. CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Helena y TUSÓN VALLS, Amparo, *Las cosas del decir. Manual de análisis del discurso*, Ariel, Barcelona, 2002, p. 204.

esfuerzo necesario para procesarla en ese contexto sea pequeño. (ALCARÁZ VARÓ & MARTÍNEZ LINARES, 1997: 498-500)

Para efectos de esta investigación, consideramos que el principio de relevancia puede enunciarse así: *sólo puede valer como discursivamente relevante aquello que los hablantes determinan como tal*. Esta presentación del principio exige precisión. A la luz de los hallazgos obtenidos en el capítulo tercero, observamos que la relevancia discursiva se expresa, al menos, en los siguientes ámbitos: a) en la determinación de lo que vale como una norma jurídica válida y, en el caso del DJUR, como un precedente obligatorio; b) al establecer los criterios que sirven para definir la semejanza *relevante* de relaciones entre dos casos (aquí, la relevancia discursiva contribuye a realizar el principio de justicia formal); c) en la definición de lo que puede o debe ser parte del discurso, esto es, lo que puede o debe ser escuchado o debatido; d) en el planteamiento de criterios para solucionar los posibles conflictos que oponen dos o más interpretaciones en pugna, tal y como ocurre en el caso de las denominadas “contradicciones de tesis”. A continuación, detallamos cada uno de estos aspectos.

La primera manifestación del principio de relevancia se aprecia en los modos a través de los cuales el DJUR establece *qué vale –o no- como un precedente válido*. Trasladado al campo del discurso jurídico, la cuestión versaría sobre cuáles son los criterios para establecer que una norma jurídica es válida y que pertenece a un determinado sistema jurídico.¹³⁰ En el caso del DJUR, la relevancia establece, primeramente, cómo se integra un precedente y qué parte de éste contiene el principio o regla apto para ser invocado en casos futuros. La existencia de un sistema de reglas sintácticas para redactar los precedentes así como la obligación de publicarlos institucionalmente no resultan ser medios suficientes para conocer qué es lo que prevé un determinado precedente. En el capítulo tres pudimos apreciar, al contrastar una tesis jurisprudencial con sus precedentes, cómo en ocasiones la versión publicada oficialmente no guarda una exacta relación con los razonamientos expuestos en dichos precedentes.¹³¹ Tal hecho suscita la pregunta acerca de qué texto resulta obligatorio, si el publicado como tesis

¹³⁰ En el campo de la teoría jurídica, son conocidas las teorías de Hans Kelsen sobre la *norma básica* y la de H.L.A. Hart sobre la *regla de reconocimiento*. Ambas constituyen sendas aportaciones sobre los criterios de identidad y membresía de las normas que conforman parte de un sistema jurídico.

¹³¹ Véase, al respecto, la sección 3.3.2 del capítulo tercero intitulada “El contraste entre la tesis jurisprudencial y sus precedentes internos y externos.”

En el Acuerdo 5/2003 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a la compilación y sistematización de tesis aisladas y jurisprudenciales, se obliga a los secretarios de tesis de los tribunales federales a verificar que el texto de los precedentes corresponda a las ejecutorias que forman parte de una tesis jurisprudencial. Asimismo, cuando la redacción de las tesis sea confusa o no refleje el criterio sostenido en la ejecutoria respectiva, se deberá corregir ordenándose su publicación “para dar a conocer con fidelidad el criterio del juzgador” (ver particularmente el Título Cuarto, “Reglas de Publicación de las Tesis”). Es claro que si no se publica la corrección, la tesis jurisprudencial originalmente difundida es la que seguiría siendo jurídicamente obligatoria.

jurisprudencial o el correspondiente a los precedentes. Formalmente, la respuesta impondría el deber de obedecer la versión oficial debidamente publicada. Sin embargo, al hacer prevalecer la versión publicada en estos casos se estaría invocando un precedente artificial. Como puede apreciarse, es importante vigilar que el proceso de redacción y publicación del precedente obedezca fielmente al criterio jurídico desarrollado en las sentencias que lo inspiran.

Como hemos visto anteriormente, los criterios para establecer el modo en que se genera un precedente y la parte que de dicho precedente resulta obligatoria no se encuentran necesariamente establecidos en la ley. En buena medida dichos criterios se revelan a través de las prácticas adoptadas por los jueces, aunque ciertamente no deban ser confundidos con ellas. En efecto, los jueces suelen ser respetuosos de las decisiones tomadas por los tribunales superiores, por un lado, así como al principio de justicia formal, por otro lado, aún cuando no hagan expresa tal adhesión.

Es posible que el papel más importante del principio de relevancia sea el de *concretizar el principio de justicia formal*. En otros términos, si el principio de justicia formal establece que deben fallarse casos similares del mismo modo, omite ciertamente puntualizar bajo qué criterios ha de realizarse el juicio de similitud entre dichos casos. Por tanto, para concluir que una decisión pasada detenta el carácter de *precedente* en relación a una que ha de asumirse hoy, primero debe establecerse cuál es la relación de semejanza *relevante* entre ambas. Ello involucra una actividad discursiva notable, ya que de su mayor o menor éxito dependerá la motivación de la decisión fundada en el precedente. No basta, luego, con afirmar tautológicamente que un precedente rige en un cierto caso. Resulta imperativo mostrar en qué medida se actualiza la relación entre ambas decisiones. Ahora bien, los dos campos en los que se expresa la relación de semejanza son en materia de *hechos* y con respecto a las *normas*. Así, la semejanza puede observarse en los dos niveles. En este tenor, creemos que los métodos propuestos para determinar la *ratio decidendi*, comúnmente anclados sólo en los hechos o sólo en las normas, resultan incompletos. La práctica discursiva del precedente demuestra, más bien, que la argumentación en torno a la relevancia de relaciones entre dos o más casos puede sustentarse tanto en razonamientos sobre hechos como sobre normas.

El principio de relevancia manifiesta su importancia, también, cuando se establece *qué puede –o no- formar parte del discurso* (tanto jurídico como jurisprudencial). En cierta manera, entraña una función de “filtraje” acerca de lo que puede ser planteado en el Derecho y, por tanto, ser resuelto según el Derecho. Manuel Atienza, exponiendo a Perelman, describe la importancia de esta función como característica de toda argumentación:

Para que una argumentación sea posible, es necesario presuponer una infinidad de objetos de acuerdo. Como es imposible presentar la totalidad de esos elementos, la argumentación será necesariamente selectiva, y en dos sentidos, pues hay que elegir tanto los elementos como la

forma de presentarlos. La selección cumple, por otro lado, un efecto de atribuir *presencia* a esos elementos, lo que constituye un factor esencial en la argumentación.

En la selección de lo dado, es importante estudiar el papel que juegan la interpretación, las calificaciones (epítetos y clasificaciones) y el uso de las nociones. Aquí, Perelman atribuye una gran importancia al uso de nociones oscuras (en su opinión, fuera del seno de un sistema formal, todas las nociones son en mayor o menor medida oscuras), en cuanto que permiten acuerdos de tipo muy general. Los valores universales, que son instrumentos de persuasión por excelencia –por ejemplo, el de justicia-, son también las nociones más confusas. (ATIENZA, 2003: 52)

En nuestra investigación, la función de selección del material discursivo juzgado relevante quedó claramente evidenciada en el capítulo tercero cuando apreciamos las tesis relacionadas con la tipología de los agravios en el recurso de apelación. En ellas se distinguen los agravios en dos grandes rubros: a) argumentos que no guardan relación con la materia de la sentencia apelada y, por tanto, deben ser desestimados o declarados inoperantes; b) argumentos que sí poseen relación con lo razonado en la sentencia y, por tanto, puede procederse a su estudio. Es claro que se trata de una tipología básica que podría ser precisada ulteriormente. En el caso de los argumentos que sí guardan relación con la sentencia, éstos se clasificarían en fundados o infundados, eficaces o ineficaces, etcétera.

En otros casos, el principio de relevancia expresa un papel clasificatorio. Los criterios para determinar qué constituye una clase de algún concepto jurídico y cuáles son los elementos de dicha clase guardan relación con el principio de relevancia. Con apoyo en clases de conceptos jurídicos, un órgano jurisdiccional puede plantear, por ejemplo, cuándo es competente para conocer de una causa, en qué casos se actualiza una causal de improcedencia, quiénes tienen atribuciones para interponer medios de defensa a nombre del actor o del demandado y cuáles son los tipos de nulidad que un tribunal contencioso-administrativo puede declarar.

Otro aspecto vinculado a la determinación de cuál es el precedente válido consiste en fijar los criterios que contribuirán a establecer *qué precedente, en caso de conflicto, deberá prevalecer*. Aquí se establecen reglas para superar las contradicciones entre precedentes que provienen de un mismo nivel de la jurisdicción, como por ejemplo entre distintos Tribunales Colegiados de Circuito respecto a una misma materia. En este caso, la superación del conflicto entre los precedentes resulta imperativa como una de las manifestaciones del principio de justicia formal. Para ello, debe contarse con criterios institucionalmente establecidos que permitan elucidar cuál es el precedente relevante, pudiendo ocurrir que sea uno distinto a aquéllos que formaron parte de la contradicción de tesis. La superación de la contradicción revela la fuerza del precedente y reitera la importancia que posee el principio de justicia formal. En efecto, si no se tiene certeza respecto a qué se ha decidido en el pasado –como resultado de la existencia de precedentes contradictorios sobre la misma materia-, no puede agotarse el objetivo medular del precedente, el cual consiste en ajustar las decisiones presentes a lo ya resuelto en el pasado, siempre que no se

aprecie una diferencia de fondo entre los casos. Sobre este punto, David Lyons¹³² advierte que el principio de justicia formal expresa un doble nivel de consistencia a lo largo del tiempo. Una, la que se aprecia al resolver un nuevo caso con apoyo en lo decidido en el pasado (consistencia *individual* o del caso concreto); otra, la que permite apreciar al Poder Judicial como un cuerpo o institución que responde siempre de la misma manera ante los mismos problemas, con una sola voz (consistencia *institucional*). En ambos casos se persigue la máxima certeza posible. Aún en el caso de los precedentes generados por un mismo juez, creemos que debe perseguirse, en todo momento, el principio de justicia formal.

Comenzamos esta sección invocando la decisión adoptada por la Cámara de los Lores en 1966. Uno de los motivos que condujo a tal decisión, quizás el más relevante, fue el de encontrar una justificación para apartarse del precedente injusto. Este objetivo suscita, en nuestra investigación, la necesidad de plantear un principio adicional. Nos referimos al principio de *justicia material*.

Hemos dicho anteriormente que una decisión judicial puede ser perfectamente consistente con los precedentes. Sin embargo, ello no garantiza que la decisión sea justa, al menos no así en la mayoría de los casos. Puesto que, en ocasiones, puede ocurrir que tratar casos similares del mismo modo conduzca a una solución arbitraria, se torna indispensable pensar el DJUR no sólo desde su dimensión formal, sino sobre todo sustancial o material. El principio de justicia material resalta el carácter axiológico del precedente. En este sentido, puede afirmarse que no es suficiente obedecer al precedente *sólo porque es un precedente*. Tal aseveración puede resultar puramente tautológica o, peor aún, ser la premisa de una falacia de autoridad. Así, creemos indispensable integrar en el conjunto de principios ya expuestos el de justicia material. Con apoyo en él, puede afirmarse que todos los precedentes obligan, *prima facie*, al juzgador. Puesto que pueden existir precedentes arbitrarios, preservarlos entrañaría que tal arbitrariedad podría seguir reproduciéndose sin límites.

La obediencia al precedente debe apoyarse, sobre todo, en fundamentos materiales o morales. Estos reposan en la tesis de que el Derecho mismo comprende una pretensión de corrección

¹³² Este doble nivel de consistencia, interna y externa, inspira en David Lyons dos principios derivados directamente del principio de justicia formal. El primero, al que denomina *principle of precedent*, al cual concibe así: “Justice requires that judicial decisions follow prior decisions in similar cases.” El segundo, designado *principle of conservative justice*, definido en los términos siguientes: “Justice requires that one deal with (judge or act within) new situations in the same way one has dealt with past similar situations, unless there are overriding relevant differences between them”. En cualquiera de estas dos variantes sigue prevaleciendo la necesidad de fijar qué es lo que ha de valer como un precedente válido y, por tanto, subyace la existencia de lo que hemos denominado, en nuestros términos, *principio de relevancia del discurso jurisprudencial*. Véase LYONS, David, “Formal Justice, Moral Commitment, and Judicial Precedent”, en: *The Journal of Philosophy*, volume 81, número 10, octubre 1984, pp. 580-587.

moral la cual exige no solamente adecuación a las formas y procedimientos sino, particularmente, consistencia con el sistema de valores imperante en una sociedad determinada. Por tanto, el principio de justicia material posee una doble función: *orientadora*, ya que guía la decisión jurídica hacia la consecución de ciertos objetivos juzgados valiosos por una sociedad política; y *correctora*, en la medida en que supera las decisiones erróneas adoptadas en el pasado a fin de encausarlas armónicamente en el ámbito de dichos objetivos valiosos. Como apunta David Lyons, el deber de seguir el precedente ha de ceder cuando se demuestra que éste no es consistente con el sistema de valores que sustenta a una sociedad. El error es humanamente inevitable. Empero, no es sostenible un pretendido deber de consistencia en el error.

La autoridad del precedente deviene no solamente del principio de *stare decisis* o el de justicia formal. Reposa también, y de manera relevante, en el principio de justicia material. Este último contribuye a evaluar la corrección moral del precedente. Por tanto, la corrección del precedente debe ser establecida tanto en términos formales como materiales, ya que ambas modalidades son parte de la idea de “Derecho”. Estas ideas dan sustento a nuestro *modelo mixto del discurso jurisprudencial* cuyos fundamentos hemos planteado aquí.

CONCLUSIONES

1. El enfoque discursivo del Derecho ha de ser recuperado en el marco de las líneas de investigación jurídica, centradas esencialmente en el análisis dogmático de las instituciones normativas. Es indudable que, en el mundo contemporáneo, el Derecho se enfrenta a la cada vez más difícil tarea de justificar mejor las decisiones jurídicas. Es necesario considerar la dimensión pragmática del lenguaje jurídico a fin de no olvidar que el Derecho es, ante todo, un saber para actuar caracterizado por su *realizatividad*. De ahí que prefiramos el término “discurso” en lugar de “lenguaje” para referirnos al modo en que, desde esta perspectiva, abordamos al Derecho.
2. Una perspectiva teórica integral que se ocupe del Derecho como un fenómeno discursivo ha de considerar, al menos, tres disciplinas básicas: la teoría del discurso, la pragmática y la teoría de la argumentación. Estas disciplinas han de brindar los conceptos y teorías pertinentes que, a la luz de una cierta concepción del Derecho, contribuyan al conocimiento de lo jurídico como una forma de discurso institucionalizado. Por tanto, creemos que el enfoque discursivo del Derecho no pugna con las distintas teorías jurídicas sino, a semejanza del enfoque analítico del Derecho, propone una herramienta valiosa para entender el desarrollo del Derecho en la sociedad.
3. Como toda forma de discurso, el discurso jurídico constituye una práctica social compleja que vincula a diversos hablantes. Consideramos que dicha práctica se orienta por una serie de principios que le imprimen racionalidad y definen la corrección (o incorrección) de las decisiones jurídicas. Tal corrección se concibe no solamente en términos formales (cumplimiento de procedimientos) sino, sobre todo, en términos morales (consecución de un ideal de justicia). Al determinar los principios del discurso jurídico, no debe perderse de vista que dichos principios son en parte comunes a toda forma de discurso práctico, por un lado, así como específicos al discurso jurídico, por otra parte.
4. El discurso jurídico es una forma predominantemente escrita de manifestación del discurso práctico que se actualiza a través del texto. Mientras el discurso pone de relieve la dinámica del lenguaje, el texto constituye su representación objetiva. En este trabajo hemos decidido enfocar la teoría y el análisis del discurso a una especie de textos, los precedentes judiciales, entendidos como toda decisión judicial adoptada en el pasado susceptible de orientar la toma de decisiones futuras. No negamos la posibilidad de explorar otros campos del discurso jurídico, como el ámbito parlamentario o el de las resoluciones administrativas. Sin embargo, juzgamos provechoso ocuparnos de un campo poco explorado en México: el precedente judicial. Lo anterior, dirigiendo nuestra atención a un terreno todavía menos investigado por la doctrina, a saber, la jurisprudencia producida por los órganos que imparten justicia contencioso-administrativa en nuestro país, con especial énfasis en la generada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal.

5. Entendemos la noción de precedente de manera independiente a la posición que ocupe el juez o tribunal que la haya emitido. Ello tiene, por objetivo central, fijar la atención en la argumentación esgrimida en el precedente para establecer la *ratio decidendi*, es decir, el criterio jurídico con valor de principio o regla que justifica la decisión, capaz de ser invocado en resoluciones posteriores. Es sabido que toda decisión jurídica debe fundarse en un principio o regla. Ahora bien, aquí nos ha interesado aprehender el modo en que se gesta, discursivamente, la intelección del principio o regla en el marco del precedente.
6. Asumimos la posición teórica que reconoce la posibilidad de la creación judicial de normas jurídicas generales. Ello no entraña, empero, un judicialismo extremo en el sentido detallado en el capítulo segundo. Adoptamos una definición fuerte de “crear” normas jurídicas generales a través del precedente, entendida no como la simple “individualización” de la disposición normativa al caso concreto sino, más bien, como la incorporación de una nueva norma general fruto de la interpretación. Este rasgo es, quizás, el más notable en el precedente, ya que explica por qué es considerado un criterio imperativo para la toma de decisiones futuras.
7. El poder creador inserto en el precedente pudo apreciarse en el capítulo tercero, notablemente al examinar las tesis que integran el *corpus* de textos analizados, al advertirse que: a) se incorporan tipologías para describir y clasificar los agravios en el recurso de apelación; b) se establecen criterios para definir qué es una resolución fiscal definitiva y qué no lo es, para efectos de la procedencia (o improcedencia) del juicio de nulidad; c) se puntualiza cuándo procede imponer el cumplimiento de una obligación (en la especie, la reinstalación); d) se resuelven lagunas normativas o axiológicas (por ejemplo, el caso de la aplicación de la prescripción en el procedimiento administrativo de responsabilidades).
8. Pudimos apreciar relaciones de intertextualidad discursiva entre precedentes emitidos tanto por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal como por los Tribunales federales. Estas relaciones los designamos como “discurso sobre el discurso” y “discurso contra el discurso”, revelando cómo los precedentes cooperan o pugnan entre sí para definir la *ratio decidendi*. La pugna (o cooperación) entre precedentes ocurre, incluso, entre aquéllos emitidos por el propio Tribunal de lo Contencioso. Asimismo, pudo constatarse que el discurso jurisprudencial no queda saturado argumentativamente al publicarse la tesis respectiva. Al contrario, dicho discurso continúa elaborándose con cada acto de aplicación del precedente.
9. Un modelo teórico ideal del discurso jurídico debe comprender elementos empíricos, analíticos y normativos. En esta investigación hemos procurado aportar ejemplos de cómo puede construirse una teoría semejante. Así, en un primer momento se plantearon las nociones básicas de teoría del discurso (capítulo primero), contextualizándolas después a la luz de la teoría jurídica de las fuentes del Derecho, con especial énfasis en la jurisprudencia (capítulo segundo). Seguidamente, y previa construcción de un *corpus* respetuoso de las reglas básicas que orientan el análisis del discurso, se explotó la dimensión empírica del discurso jurídico centrada en el análisis de textos jurisprudenciales. Tal examen favoreció el hallazgo de ciertas constantes relevantes en el modo de decidir con base en precedentes (capítulo tercero). Finalmente, reconsideramos los principios y conceptos de la teoría del discurso a la luz de los resultados obtenidos

empíricamente. En otros términos, de lo empírico se retornó a lo deductivo, exponiéndose una serie de principios atinentes al discurso jurisprudencial (capítulo cuarto) pero que, en el fondo, reflejan nítidamente la doble cara del Derecho, a saber su dimensión formal-material. De ahí que denominemos a nuestro enfoque “mixto”.

10. Consideramos que la noción central para analizar el discurso jurisprudencial lo es el precedente, por ser éste el vehículo de la *ratio decidendi*. No lo es, por tanto, la sentencia como totalidad, ya que ésta se caracteriza por definir una litis concreta. En cambio, en el precedente se puntualiza un criterio jurídico susceptible de aplicación generalizada a un sinnúmero de casos cuya racionalidad ha de ser examinada a la luz del análisis discursivo.
11. Uno de los puntos centrales de discusión en este trabajo, notablemente analizado en el capítulo cuarto, lo constituye la pregunta de cuáles son los fundamentos que justifican la obligatoriedad de un precedente. Esta cuestión no es banal, sobre todo si se recuerda que, en la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos, no existe un deber formal (es decir, instituido normativamente como en México) de obedecer la jurisprudencia. La respuesta última al por qué obliga un precedente, en nuestra consideración, es moral. Juzgamos limitadas, por tanto, las diversas respuestas que centran su atención en la jerarquía que ocupa el juez o tribunal que emite el precedente, la apelación a la costumbre judicial o, incluso, la referencia a una disposición que torne obligatorio seguir el precedente. La justificación moral de obedecer al precedente busca evitar el vicio de circularidad que subyace cuando se responde, lisa y llanamente, que “hay que obedecerlo [el precedente] porque hay que obedecerlo”.
12. Si, desde el punto de vista de nuestra teoría del discurso jurisprudencial, el fundamento del precedente no es ni un mero hecho o costumbre ni tampoco fruto de un acto de poder, ¿cómo puede categorizarse? Desde esta perspectiva, la tipología propuesta por Aguiló Regla para describir las fuentes jurídicas parece insuficiente, sobre todo a la luz de una teoría del discurso jurisprudencial que, como la nuestra, busca trascender los modelos que Aguiló Regla clasifica como “modelo del precedente” (ejemplo, los Estados Unidos de Norteamérica) y “modelo de la jurisprudencia” (como en el caso español). En suma, se trata de una tipología incompleta desde el ángulo de la teoría del discurso jurisprudencial que se sitúa más allá de los aspectos institucionales que distinguen a cada nación y busca centrarse en el precedente como pieza discursiva sometible a un análisis puntual.

FUENTES DE INFORMACIÓN

I) FUENTES DE CONSULTA GENERAL

AA.VV., *Diccionario jurídico Espasa*, Espasa Calpe, Madrid, 1999.

ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, traducción de Alfredo N. Galletti, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

ALCARÁZ VARÓ, Enrique y HUGHES, Brian, *Diccionario de términos jurídicos inglés-español/Spanish-English*, segunda reimpresión de la 6ª. edición, Ariel, Barcelona, 2002.

_____ et al., *El inglés jurídico norteamericano*, Ariel, Barcelona, 2001.

_____ y MARTÍNEZ LINARES, María Antonia, *Diccionario de lingüística moderna*, Ariel, Barcelona, 1997.

BARRALES, Eunice, *Diccionario de términos jurídicos español-inglés-francés*, ediciones del Tribunal Fiscal de la Federación, México, 1999.

BIX, Brian H., *Diccionario de teoría jurídica*, traducción de Enrique Rodríguez Trujano y Pedro A. Villarreal Lizárraga, UNAM, México, 2009.

CARRASCO IRIARTE, Hugo, *Diccionario de derecho fiscal*, Oxford University Press, México, 1998.

DUBOIS, Jean, (dir.), *Dictionnaire de linguistique et des sciences du langage*, Larousse, París, 1994.

DUCROT, Oswald y TODOROV, Tzvetan, *Diccionario enciclopédico de las ciencias del lenguaje*, 20ª. edición, traducción de Enrique Pezzoni, Siglo XXI editores, 1998.

ECO, Umberto, *Cómo se hace una tesis*, Gedisa, Barcelona, 2001.

FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía (cuatro volúmenes)*, Alianza, Madrid, 1986.

GADAMER, H.G. (et al.), *Diccionario de Hermenéutica*, 3ª. edición, ediciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2001.

HALSTEAD, Peter, *Jurisprudence. The Comprehensive Guide to all the Facts*, Hodder Arnold, Reino Unido, 2005.

LANG, Agathe van (et al.), *Dictionnaire de droit administratif*, 2ª. edición, Armand Colin, París, 1999.

MARTIN, Elizabeth A. (ed.), *A Dictionary of Law*, 4a. edición, Oxford University Press, 1997.

MARTÍNEZ MORALES, Rafael I., *Diccionario de derecho administrativo*, 2ª. edición, Oxford University Press, 2001.

MÁRQUEZ ROMERO, Raúl, *Lineamientos y criterios del proceso editorial*, UNAM, México, 2008.

PROCESO, *Manual de estilo*, Grijalbo, México, 2008.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª. edición, México, Espasa Calpe, 2001.

RUSS, Jacqueline, *Léxico de filosofía. Los conceptos filosóficos en sus citas*, Akal, Madrid, 1999.

II) BIBLIO-HEMEROGRAFÍA

AGUILÓ REGLA, Joseph, *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 2002.

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2ª. edición, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2008.

_____ y BULYGIN, Eugenio, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*, traducción e introducción de Paula Gaido, serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 18, Universidad Externado de Colombia, 2001.

_____, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª. edición, traducción de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1997.

ANTAKI, Charles y otros, “El análisis del discurso implica analizar: crítica de seis atajos analíticos”, en: Athenea Digital, número 3, primavera de 2003 (publicado originalmente en: Discourse Analysis Online, volumen 1, número 1). Disponible en línea: <http://antalya.uab.es/athenea/num3/antaki.pdf> [consulta: agosto de 2007]

ARAUJO HERNANDEZ, Jesús, “Presentación”, en: *Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal. Jurisprudencia y precedentes*, ediciones del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, México, sin fecha de publicación.

ARTEAGA NAVA, Elisur, *Tratado de derecho constitucional* (4 volúmenes), Oxford University Press, México, 1999.

ASSOUN, Paul-Laurent, *La Escuela de Francfort*, traducción de Juan Cristóbal Cruz Revueltas, colección '¿Qué sé?' número 6, Publicaciones Cruz, México, 112 pp.

ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

_____, *El derecho como argumentación (cátedra Ernesto Garzón Valdés 2003)*, Fontamara, México, 2004.

_____, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, México, 2003.

_____, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.

_____, *Introducción al derecho*, 2ª. edición, Fontamara, México, 2000.

_____, y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

_____, "Para una teoría de la argumentación jurídica", en: **Doxa**, número 8, 1990, pp. 39-61.

_____, *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, editorial Civitas, Madrid, 1986.

AZIZ NASSIF, Alberto, *El análisis del discurso: oficio de artesanos (notas introductorias para su estudio)*, Universidad Autónoma Metropolitana-Xochimilco, Taller de Investigación para la Comunicación Masiva, n. 16, México, 1982.

BAYLON, Christian, *Sociolinguistique. Sociétés, langue et discours*, 2a. edición, Nathan, París, 1996.

BERTUCCELLI PAPI, Marcella, *Qué es la pragmática*, traducción de Noemí Cortés López, Paidós, Barcelona, 1996.

BETEGÓN, Jerónimo et al., *Lecciones de teoría del derecho*, MacGraw Hill, México, 1997.

BONNECASE, Julien, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, Ediciones Cajica, México, 1944.

BULYGIN, Eugenio, “Creación y aplicación del derecho”, en: ATRIA, Fernando et al., *Lagunas en el derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2005, pp. 29-44.

_____, “Los jueces ¿crean derecho?”, en: MALEM, Jorge et al., *La función judicial*, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 21-37.

_____, “Sentencia judicial y creación de derecho”, en: ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 355-369.

CALSAMIGLIA, Albert, “Ensayo sobre Dworkin”, en: DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 2002, pp. 7-29.

_____, *El derecho como integridad: Dworkin*, Working Paper n. 25, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1990.

_____, “¿Por qué es importante Dworkin?”, en: DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 2, 1985, pp. 159-165.

CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Helena y TUSON VALLS, Amparo, *Las cosas del decir. Manual de análisis del discurso*, Ariel, Barcelona, 2002.

CALVO VIDAL, Félix M., *La jurisprudencia. ¿Fuente del Derecho?*, Lex Nova, Valladolid, 1992.

CAMINKER, Evan H., “Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?”, en: *Stanford Law Review*, volumen 46, número 4, abril de 1994, pp. 817-873.

CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Porrúa, México, 2006.

_____, *Elementos de Derecho constitucional*, Ediciones Fontamara, México, 2004.

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*, UNAM, México, 1996.

_____, “La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del Poder Judicial de la Federación”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXVIII, número 83, mayo-agosto de 1995. Disponible en línea: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=83> [consulta: febrero de 2010]

CARPIZO MACGREGOR, Jorge, “Bases constitucionales de los Tribunales de lo contencioso administrativo”, en: *Estudios constitucionales*, 8ª. edición, Porrúa, México, 2003.

CASTAÑEDA RIVAS, César y CEDILLO HERNANDEZ, Miguel Angel, *Evolución y perspectivas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

CROSS, Rupert, *Precedent in English Law*, cuarta edición, Oxford University Press, Oxford, 2004.

DE GORTARI, Eli, *Diccionario de la Lógica*, Universidad Autónoma Metropolitana-Plaza y Valdés editores, México, 2000.

DEHESA DÁVILA, Gerardo, *Introducción a la retórica y la argumentación. Elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional*, 4ª. edición, ediciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.

DE SILVA, Carlos, “La jurisprudencia. Interpretación y creación de derecho”, en: *Isonomía*, número 5, octubre de 1996, pp. 7-23.

DUXBURY, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

DWORKIN, Gerald, “*Stare decisis* in the House of Lords”, en: *The Modern Law Review*, volumen 25, número 2, marzo de 1962, pp. 163-178.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 2002.

_____, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, estudio preliminar de César Rodríguez, traducción de Juan Manuel Pombo Abondano, Bogotá, Siglo del Hombre editores/Universidad de los Andes, 2002, pp. 143-180.

_____, *El imperio de la justicia*, 2ª. edición, Gedisa, Barcelona, 1992.

ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA, “Precedent”, *Encyclopaedia Britannica Premium Service*, disponible en línea: <http://www.britannica.com/eb/article-9001153> [consulta: 10 de mayo de 2006]

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, ediciones del Tribunal Federal Electoral, México, 2006.

_____, “Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley”, en: MALEM, Jorge et al., *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 39-55.

_____, *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en: CARBONELL, Miguel (coordinador), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

FIX-ZAMUDIO, Héctor y COSSIO DIAZ, José Ramón, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, Fondo de Cultura Económica, 2003.

FRAPOLLI, María José y ROMERO, Esther, *Una aproximación a la filosofía del lenguaje*, Síntesis, Madrid, 1998.

FRONDIZI, Risieri, *¿Qué son los valores?*, 3ª. edición, Fondo de Cultura Económica, colección “Breviarios” número 135, México, 1999.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 55ª. edición, Porrúa, México, 2003.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.

_____, “Igualdad y respeto al precedente”, en: *Derechos y Libertades*, año I, número 2, octubre de 1993, pp. 211-227.

GIMÉNEZ, Gilberto, *Poder, estado y discurso. Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico*, 3ª. edición, UNAM, México, 1989.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *La jurisprudencia: su conocimiento y forma de reportarla*, 2ª. edición, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008.

_____, “La interpretación jurídica en México”, en: VAZQUEZ, Rodolfo (compilador), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 2ª. edición, Ediciones Fontamara, México, 2001, pp. 237-254.

GORDON, W. Terrence y LUBELL, Abbe, *Ferdinand de Saussure para principiantes*, Ediciones Era Naciente, Buenos Aires, 2000.

GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, Ediciones Fontamara, México, 2001.

_____, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 2ª. edición, Porrúa, México, 2000.

GUZMÁN BRITO, Alejandro, “El tradicionalismo del Código Civil peruano de 1852”, en: *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, número 23, Valparaíso, 2001. Disponible en línea: <http://www.scielo.cl/> [consulta: 10 de abril de 2007]

_____, et al., *La función judicial*, Depalma, Buenos Aires, 1981.

HALL, Timothy L., *The U.S. Legal System* (2 volúmenes), Pasadena, Salem Press, 2004.

HART, H.L.A., *Postscriptum al Concepto de Derecho*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 2000.

_____, “El cielo de los conceptos de Ihering y la jurisprudencia analítica moderna”, en: CASANOVAS, Pompeu y MORESO, José Juan (editores), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 2000, pp. 109-123.

_____, *El concepto de derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

HECK, Philipp, *El problema de la creación del derecho*, traducción de Manuel Entenza, Colofón, México, 1994.

HIERRO, Liborio, “Realismo jurídico”, en: GARZÓN VALDÉS (Ernesto) y LAPORTA (Francisco J.), *El derecho y la justicia*, 2ª. edición, Madrid, Trotta, 2000, pp. 77-85.

HOLMES, Oliver Wendell, "The Path of the Law", en: PATTERSON, Dennis (editor), *Philosophy of Law and Legal Theory. An Anthology*, Reino Unido, Blackwell Publishing, 2003, pp. 9-21.

IHERING, Rudolph von, *La lucha por el derecho*, en: *Estudios jurídicos*, volumen 6, traducción de Adolfo González Posada, Oxford University Press, México, 2000.

_____, *La voluntad en la posesión*, en: *Estudios jurídicos*, volumen 7, traducción de Adolfo González Posada, Oxford University Press, México, 2000.

ITURRALDE SESMA, Victoria, *El precedente en el common law*, Civitas, Madrid, 1995.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 13ª. edición, traducción de Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 2003.

KIRCHMANN, J.H. von, *La jurisprudencia no es ciencia*, traducción de Antonio Truyol y Serra, Civitas, Madrid, 1949.

LARA CHAGOLLÁN, Roberto, "El principio de universalidad en el razonamiento jurídico", en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, tomo LVII, número 247, enero-junio de 2007, pp. 221-247.

LIFANTE VIDAL, Isabel, *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*, en: *DOXA*, número 25, 2002, pp. 413-439.

_____, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

LLEWELLYN, Karl N., "Una teoría del derecho realista: el siguiente paso", en: CASANOVAS, Pompeu y MORESO, Juan José (editores), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 2000, pp. 244-293.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1964.

LYONS, David, "Formal Justice, Moral Commitment, and Judicial Precedent", en: *The Journal of Philosophy*, volume 81, número 10, octubre de 1984, pp. 580-587.

MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

_____, y SUMMERS, Robert S. (editores), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Ashgate/Dartmouth, Reino Unido, 1997.

_____, "Why Cases have Rationes and what these are", en: GOLDSTEIN (Lawrence), *Precedent in Law*, Oxford University Press, 1987, pp. 154-182.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Los sonidos y el silencio de la jurisprudencia mexicana*, UNAM, México, 2004.

MAINGUENEAU, Dominique, *Les termes clés de l'analyse du discours*, Seuil, París, 1996.

MORAL SORIANO, Leonor, *El precedente judicial*, Marcial Pons, Barcelona, 2002.

MORESO, Juan José, "A brilliant disguise: entre fuentes y lagunas", en: ATRIA, Fernando et al., *Lagunas en el derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2005, pp. 185-203.

MUÑOZ, Jacobo y VELARDE, Julián, (eds.) *Compendio de epistemología*, Madrid, Trotta, 2000.

NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, 11ª. edición, Ariel, Barcelona, 2003.

PERELMAN, Chaim y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, traducción de Julia Sevilla Muñoz, Gredos, Madrid, 1989.

PÉREZ, Victor, *La jurisprudencia de intereses*, 2ª. edición, Litografía e Imprenta Lil, Costa Rica, 1991.

PICCINI, Mabel, “Sobre la producción discursiva, la comunicación y las ideologías”, en: Taller de Investigación para la Comunicación (TICOM), Universidad Autónoma Metropolitana-Xochimilco, número 22, 1983.

RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, traducción de Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, “El concepto de derecho de Ronald Dworkin”, en: Revista de la Facultad de Derecho, número 246, UNAM, México, 2006, pp. 355-415.

RUIZ MANERO, Juan, *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

SÁNCHEZ MEJORADA, Carlos, “El contencioso y la Constitución”, en: Revista del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, número 4, segunda época, 1993, pp. 51-61.

SAUSSURE, Fernando de, *Curso de lingüística general*, traducción de Mauro Armiño, Akal, Madrid, 2000.

SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho administrativo*, 24ª. edición, Porrúa, México, 2006.

SHINER, Roger, “Precedent”, en: IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law, disponible en línea: <http://www.ivr-enc.info/en/> [consulta: 9 de octubre de 2007]

SODERO, Eduardo, "Sobre el cambio de los precedentes", en: *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, número 21, octubre 2004, pp. 217-251.

SORIANO, Manuel, *Sociología del derecho*, Ariel, Barcelona, 1997.

SUMMERS, Robert S., *La naturaleza formal del derecho*, traducción de Pablo Larrañaga, Fontamara, México, 2001.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *La jurisprudencia. Su integración*, ediciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.

_____, (b) *La jurisprudencia en México*, ediciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho. (Introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, Themis, México, 1998.

THIBAUT, Anton F. J. y SAVIGNY, Karl Friedrich von, *La codificación. Una controversia programática basada en sus obras*, traducción de José Díaz García, Aguilar, Madrid, 1970.

VAN DIJK, Teun, *Estructuras y funciones del discurso*, 13ª edición, traducción de Myra Gann, Siglo XXI editores, México, 2001.

VÁZQUEZ MEDEL, Manuel A., "Discurso", voz redactada en el *Diccionario de Hermenéutica* (A. Ortiz-Osés y P. Lancersos, directores), Bilbao, Universidad de Deusto, 2001.

VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, *Evolución y perspectiva de los órganos de jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano*, UNAM, México, 1991.

VIGO (Rodolfo Luis), *La interpretación jurídica*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999.

WESTON, Anthony, *Las claves de la argumentación*, 7ª. edición, Ariel, Barcelona, 2002.

WRIGHT, Georg Henrik von, *Norma y acción. Una investigación lógica*, traducción de Pedro García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1970.

WRÓBLEWSKY, Józef, “Justificación de las decisiones jurídicas”, en: *Sentido y hecho del derecho*, Fontamara, México, 2001, pp. 45-65.

_____, “Concepto y función del precedente en sistemas de Statutory Law”, en: WRÓBLEWSKY, Józef, *Sentido y hecho en el derecho*, Fontamara, México, 2001, pp. 295-312.

ZENATI, Frédéric, “La nature de la Cour de Cassation”, en: http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2002_2036/acceder_au_texte_conference_8393.html [en línea. Consultado el día 18 de abril de 2007]

ZERTUCHE GARCÍA, Héctor Gerardo, *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*, Porrúa, México, 1992.

III) FUENTES LEGISLATIVAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el cinco de febrero de mil novecientos diecisiete.

Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el diez de enero de mil novecientos treinta y seis.

Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cinco y en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y cinco.

Código Financiero del Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación y en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cinco y en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el veintiuno del mismo mes y año.

Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el diez de septiembre de dos mil nueve.

Acuerdo 5/2003 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación relativo a las Reglas para la elaboración, envío y publicación de las tesis que emitan los órganos del Poder Judicial de la Federación y para la verificación de la existencia y aplicabilidad de la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte.